



TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES.

PARIS.—IMPRIMERIE DE FAIN ET THUNOT,
Rue Racine, 28, près de l'Odéon

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES

EN DROIT CIVIL ET EN DROIT CRIMINEL,

PAR M. E. BONNIER,

PROFESSEUR SUPPLÉANT A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
AVOCAT A LA COUR ROYALE.



PARIS.

JOUBERT, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,
RUE DES GRÈS, 14, PRÈS DE LA FACULTÉ DE DROIT.

1843.

tous ses détails, si l'on ne tient pas compte du génie des divers peuples et des divers siècles. Sous ce rapport, les auteurs allemands, inférieurs au publiciste anglais, en ce qui touche l'unité de conception et l'originalité des vues, ont sur lui une incontestable supériorité [1]. En France, on ne s'est guère occupé de la preuve qu'incidemment, lorsqu'on y était amené par l'ordre exégétique des articles de nos Codes, et notamment à propos des obligations. Nous avons d'excellents travaux de détail; mais aucun ouvrage moderne n'a abordé l'ensemble de la matière. L'essai de Gabriel sur les preuves, legs estimable que nous a transmis le dernier siècle, est peut-être ce que nous possédons de moins incomplet quant au plan. Mais il a singulièrement vieilli, et les additions qu'y a insérées M. Solon, pour le mettre en rapport avec la législation nouvelle, bien qu'intéressantes par elles-mêmes, se fondent mal avec les développements primitifs, et transforment le tout en un véritable ouvrage de marqueterie.

Aujourd'hui qu'une docte et lumineuse exégèse a remué en tous sens le sol dans lequel les Codes modernes ont déposé leurs précieux germes, n'est-il pas temps d'essayer si une méthode un peu plus large, bien que toujours basée sur l'étude des faits et des textes, ne serait pas de nature à produire quelques fruits?

[1] Nous devons surtout payer un juste tribut de reconnaissance à M. Mittermaier, dont le livre *sur la preuve en matière criminelle* (Darmstadt, 1834) nous a fourni de précieux renseignements.



Les nombreux commentateurs qui ont consacré leurs veilles à l'explication des lois françaises, ont été pour nous de puissants auxiliaires, sans doute; il y aurait de notre part autant d'ingratitude que d'injustice à ne pas le reconnaître. Mais le meilleur moyen de mettre à profit les travaux de ses devanciers, ce n'est pas de suivre servilement leurs traces; c'est de s'aider des résultats acquis pour chercher à se frayer une nouvelle voie. Nous avons donc essayé de rédiger un *traité* sur les preuves, en rapprochant constamment les matières civiles et les matières criminelles; ce rapprochement nous a paru de nature à jeter une vive lumière sur le sujet. Nous avons pris pour base de notre classification, non les diverses parties du droit civil ou criminel, mais les divers modes de preuves, en suivant ensuite spécialement chacun de ces modes dans les différentes applications qu'il est susceptible de recevoir. Cette marche, adoptée par Bentham et par Gabriel, nous parait la mieux adaptée au but proposé, lequel consiste à faire ressortir, non la diversité des choses à prouver, mais bien la diversité des preuves.

Nous n'avons pas oublié cependant que, si notre sujet est théorique dans les principes sur lesquels il se fonde, il est en même temps d'une application journalière. En conséquence, nous avons cru devoir recueillir les principales décisions de la jurisprudence en matière de preuves. Nous nous sommes surtout attaché à reproduire avec une scrupuleuse exactitude le dernier état de la jurisprudence de la cour de cassation :

jurisprudence qui, depuis la loi du 1[er] avril 1837, a acquis chez nous une importance qu'on peut comparer à celle de l'édit du préteur chez les Romains. Presque toujours la pratique nous a paru en harmonie avec une saine doctrine. Lorsque nous nous sommes trouvé en désaccord avec les arrêts, nous les avons discutés, en nous efforçant de nous tenir à une égale distance de cette obséquiosité humiliante qui sacrifie l'indépendance du jurisconsulte, et de cette inflexible roideur qui refuse de tenir compte des besoins sociaux, pour lesquels, après tout, les lois ont été faites.

TRAITÉ

DES

PREUVES EN DROIT CIVIL

ET EN DROIT CRIMINEL.

INTRODUCTION.

1. Le droit, comme toutes les sciences qui ne sont pas purement théoriques, renferme deux éléments bien distincts : les principes de fond, qui sont l'objet de la loi; les règles sur la propriété, sur les obligations, etc.; et les moyens d'application à l'aide desquels ces principes revêtent pour ainsi dire un corps : l'organisation judiciaire, les formes de procédure, etc. Cette distinction a été assez heureusement formulée par Bentham, lorsqu'il a divisé les lois en *lois substantives* et *lois adjectives*.

La matière des preuves rentre évidemment dans la seconde de ces catégories. Prouver, c'est établir certains faits. Toute question de preuve est donc nécessairement une question de méthode, de démonstration. Il ne s'agit plus en effet de rechercher quelles seront les conséquences légales de tels ou tels faits, mais bien de reconnaître comment on parviendra à en vérifier l'existence. C'est ce qui est exposé d'une manière bien nette par le jurisconsulte Paul, dans le texte suivant (l. 30, ff. *de test. tutel.*) : *Duo sunt Titii, pater et filius; datus est tutor Titius, nec apparet de quo sensit testator; quæro quid sit*

juris? Respondit, is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio. En droit il y a tutelle testamentaire, et si le fait de la nomination d'un tuteur de ce genre était la condition d'une disposition faite par un tiers, la condition se trouverait accomplie. Mais il est impossible d'exécuter la volonté du testateur, faute de pouvoir établir lequel des deux Titius il a eu en vue. Le droit existe, mais on ne peut en administrer la preuve.

Si les preuves se trouvent traitées en grande partie dans le Code civil, qui devrait être une loi toute substantive, toute de fond, cela ne tient pas à un système bien arrêté de la part du législateur, mais à une imitation aveugle de Pothier, qui, traitant spécialement des obligations, avait dû examiner en terminant comment on les constate. La place naturelle des preuves était au Code de procédure. En matière criminelle, là où le législateur était dégagé de pareilles préoccupations, il est revenu à l'ordre rationnel. Le Code pénal ne fait que classer les actes punis par la loi; tout ce qui concerne les preuves, comme tout ce qui concerne le mode de procéder, est renvoyé au Code d'instruction criminelle.

2. Pour asseoir maintenant sur une base solide la classification des preuves judiciaires, il convient de rechercher d'une manière générale comment l'esprit humain arrive à connaître la vérité, c'est-à-dire à percevoir avec clarté les faits internes ou externes; la vérité n'étant autre chose que la conformité de nos idées avec les faits. Nous diviserons donc cette introduction en deux parties. Dans la première, nous distinguerons les diverses natures de preuves usitées en toute matière; dans la seconde, nous appliquerons aux preuves judiciaires les principes posés d'abord d'une manière générale.

I. Des divers modes de preuves en général.

3. Le mot preuve, pris dans le sens le plus large, et c'est ainsi que nous l'entendons ici, désigne tout moyen direct ou indirect d'arriver à la connaissance des faits. Mais on donne souvent à cette expression une signification plus restreinte, lorsqu'on distingue ce qui est évident et ce qui a besoin d'être prouvé. Car il y a certains faits qui nous touchent pour ainsi dire immédiatement, que nous percevons sans aucun intermédiaire, dont l'impression sur l'intelligence est aussi vive que celle de la lumière sur l'organe de la vue; il en est auxquels nous n'arrivons que par l'intermédiaire d'autres faits précédemment perçus, par la voie du raisonnement qui nous conduit du connu à l'inconnu. Dans le premier cas, la preuve est directe, intuitive; dans le second cas, elle est indirecte, médiate. Cette dernière preuve, étant la seule qui exige de l'intelligence une opération plus ou moins compliquée, est aussi la seule qui reçoive dans le langage vulgaire le nom de preuve.

4. Parlons d'abord de la preuve directe, de l'évidence. Elle peut porter, ou sur des faits internes, ou sur des faits externes.

5. L'évidence interne, celle qui nous avertit des faits qui se passent en nous, est la base de toute connaissance: seule base qui résiste au scepticisme. On connaît la première méditation de Descartes, où ce philosophe, assis près d'un poêle en Hollande, se débarrasse successivement de toutes les idées acquises, pour prêter en quelque sorte l'oreille à la voix qui parle au dedans de lui, et réduit toute certitude au fameux axiome: *je pense, donc je suis*. Cette démonstration est demeurée inébranlable, et Kant n'a fait que la reproduire sous une autre forme, lorsqu'il a établi que toute vérité apparaît à l'homme

comme *subjective*. Les faits de *conscience*, pour employer le langage de la métaphysique moderne, ne sauraient être contestés que par ceux qui pousseraient le doute jusqu'à la folie, qui iraient jusqu'à mettre en question leur propre existence.

6. La seconde espèce d'évidence, moins parfaite, moins directe que la première, c'est celle qui s'attache aux faits extérieurs que nous percevons par l'organe de nos sens. L'impression que produisent sur nous ces faits rentre sans doute dans l'évidence interne. La réalité de nos sensations, par exemple du froid ou de la chaleur que nous éprouvons dans telle ou telle circonstance, est tout aussi incontestable que celle de nos pensées et de nos sentiments les plus élevés. Mais s'il s'agit de constater la cause de nos sensations, la réalité externe du froid ou de la chaleur, ce que Kant appelle la vérité *objective*, il n'y a plus d'évidence proprement dite. Et en effet n'est-il pas certain que dans nos rêves il se manifeste à notre esprit les mêmes apparences, qui habituellement nous font croire à l'existence d'objets externes : apparences dont nous ne tardons pas toutefois à reconnaître la fausseté ? Qui nous assurera que la vie n'est pas un rêve perpétuel ? Néanmoins il est un sens dont le témoignage nous trompe beaucoup moins que celui des autres sens : c'est le tact. C'est à ce sens que nous en appelons, lorsque des images trompeuses viennent s'offrir à nous dans le sommeil. Dès que nous voulons nous mettre en contact avec le fantôme qui frappait notre imagination, nous n'éprouvons pas la sensation de résistance à laquelle nous nous attendions, et l'illusion s'évanouit. C'est en effet la résistance qui nous révèle une force extérieure, opposée à la nôtre, et qui réagit contre nos efforts [1]. Nous n'avons

[1] Ce point a été mis en lumière pas les travaux remarquables de M. Maine de Biran. Il y a cependant des personnes qui disent avoir éprouvé en songe

sans doute pas la conscience intime de cette force, comme de celle que nous sentons en nous; mais une induction invincible nous persuade que ce qui nous résiste doit avoir une existence propre, distincte de la nôtre. Cette induction est si rapide, si instantanée, qu'elle se confond dans la pratique avec l'évidence même. Et en définitive, s'il peut être permis à certains métaphysiciens idéalistes de nier l'existence des corps, une pareille supposition ne saurait être de mise dans les sciences positives, qui font marcher de front l'évidence interne et l'évidence externe. C'est le cas de dire avec Bacon : *Multa philosophi proponunt dictu pulchra, sed ab usu remota.*

7. Mais les faits qu'un homme isolé peut percevoir directement, soit par intuition immédiate, soit par l'organe des sens, ne sont ni bien nombreux comparativement à la masse des connaissances humaines, ni d'un ordre bien relevé. L'expérience personnelle de chacun est resserrée dans d'étroites limites. Si l'intuition s'élève quelquefois, ainsi qu'on nous le rapporte, jusqu'à saisir de prime-saut, comme l'intelligence suprême, les vérités les plus sublimes [1]; un pareil état, qu'il ne nous est possible ni de constater ni d'analyser, est en dehors de toutes les données de la science. L'homme, dans l'état normal, ne forme par expérimentation directe qu'une faible partie de ses connaissances. Dans les circonstances les plus importantes, nous ne pouvons nous appuyer sur l'évidence, sur la perception immédiate; nous sommes réduits à conclure du connu à l'inconnu. Ces faits incon-

la sensation de résistance. Toujours est-il certain que, dans l'état de veille, c'est surtout par la résistance que se manifeste l'extériorité des objets qui nous entourent.

[1] *Felix quem veritas per se docet, non per figuras et voces transeuntes, sed sicuti se habet* (Imit. Christ., liv. 1, ch. 3, § 1).

nus peuvent se trouver compris dans les faits connus, d'où l'intelligence parvient à les dégager: nous procédons alors par la voie de *déduction*. Si les faits connus rendent seulement probables les faits inconnus, l'opération par laquelle nous partons des premiers pour remonter jusqu'aux seconds, s'appelle *induction*.

8. Dans la déduction, méthode purement logique, on tire avec rigueur les conséquences d'une proposition supposée constante. Appliquée aux sciences abstraites, cette méthode produit d'immenses résultats. C'est ainsi qu'en partant de ce simple axiome : *la ligne droite est le plus court chemin d'un point à un autre*, on arrive, de degré en degré, jusqu'aux propositions géométriques de l'ordre le plus élevé. Dans toute matière de discussion, là où il s'agit d'apprécier la vérité ou la fausseté d'une proposition donnée, le raisonnement pur joue un grand rôle. Souvent tel principe qui, considéré isolément, ne nous apparaissait que sous un jour équivoque, sera évidemment vrai ou faux à nos yeux, quand nous en découvrirons toutes les conséquences. Mais la déduction, excellente pour nous faire apprécier la portée de tel ou tel fait connu, est complétement impuissante pour nous faire découvrir des faits nouveaux. On peut lui appliquer ce que disaient les jurisconsultes romains du vanneur qui dégage le grain de la paille où il était enfermé : *non speciem novam facit, sed quæ est, detegit.* Au moyen âge, quand le syllogisme, l'arme la plus puissante de la déduction, était presque exclusivement en honneur, les sciences purement métaphysiques ont pu faire des progrès; mais celles qui reposent sur l'observation : la physique, la chimie, etc., sont demeurées stationnaires.

9. Quelle est en effet l'époque d'où a daté une nouvelle ère pour les découvertes scientifiques? C'est celle

où Bacon a battu en brèche la méthode syllogistique, pour remettre en honneur l'induction qui, partant de certains faits observés avec soin, généralise les résultats particuliers obtenus par voie d'expérience. La plus admirable application de ce procédé, c'est le système du monde découvert par Newton à la suite d'observations faites sur la chute d'une pomme.

10. Le rapport qui, dans l'induction, rattache le fait connu au fait inconnu, peut être de diverses sortes. Il peut tenir en effet, ou à la constance des lois de la nature physique, ou à celle des lois de la nature morale.

11. Et d'abord les notions à la fois les plus importantes et les plus usuelles reposent sur la première espèce d'induction, c'est-à-dire sur notre foi à la constance des lois de la nature. Lorsque nous disons qu'un corps jouit de telle propriété physique ou chimique, que l'eau, par exemple, dissout certaines substances mises en contact avec elle, ou qu'elle entre en ébullition à une certaine température; nous nous fondons sur ce que nous avons toujours vu dans les mêmes circonstances les mêmes phénomènes, la dissolution, l'ébullition, se manifester. Et ce qui nous autorise à tirer de ces faits particuliers une loi générale, une propriété inhérente à l'eau, c'est la persuasion où nous sommes que la marche de la nature est toujours la même : persuasion en quelque sorte irrésistible, et corroborée du reste par l'expérience de chaque jour. Une foule de vérités, communément regardées comme évidentes, ne reposent que sur cette croyance. Ainsi cette proposition : *tout homme est mortel*, bien qu'universellement admise, n'est pas un axiome mathématique, mais une forte probabilité tirée de ce que, ayant observé que des individus organisés comme nous, vivant dans le même milieu, n'ont eu qu'une existence bornée, tout nous porte à croire que les mêmes causes produiront sur

nous les mêmes effets. Cette première application de l'induction est donc d'une utilité journalière, aussi bien que d'un haut intérêt scientifique.

12. Mais l'observation des faits de la nature ne nous conduit pas toujours à des résultats aussi certains. Ainsi, dans la médecine légale, les signes qui dénotent la présence de telle ou telle substance vénéneuse dans l'économie animale sont malheureusement équivoques; la question de savoir s'il y a eu meurtre ou suicide, d'après l'inspection du cadavre, est souvent très-délicate. L'induction, en de pareilles circonstances, n'a plus la même certitude; elle ne nous fournit plus que des *indices* plus ou moins graves. Ce n'est pas que les lois de la nature physique ne soient toujours constantes, mais beaucoup de ces lois nous sont encore inconnues.

13. Une induction non moins usuelle est celle qui repose sur l'observation des lois de la nature morale. Une foule de points ne nous sont attestés que par la déclaration de nos semblables; et comme nous avons souvent reconnu par expérience que le témoignage de l'homme en telle ou telle occasion avait été conforme à la vérité, nous sommes portés à croire qu'il est également véridique dans d'autres occasions où il ne nous est pas permis d'en vérifier l'exactitude. Mais il n'en est pas de cette induction, comme de celle qui s'appuie sur la permanence des lois purement physiques. Le monde moral n'est pas soumis lui à des règles fixes et invariables. Sans doute il y a une tendance naturelle des esprits vers le vrai, comme des corps vers le centre de la terre; mais l'homme, étant libre, peut obéir ou ne pas obéir à cette tendance, et il n'arrive que trop souvent que ses déclarations sont mensongères. Ce genre de preuve ne saurait donc être admis qu'avec beaucoup de réserve. Mais gardons-nous du scepticisme, qui tendrait à rejeter

absolument la foi du témoignage. Toutes les vérités historiques, une foule de vérités scientifiques ne reposent pas sur une autre base. Rejetez cette base, et il n'y a plus de société, plus de civilisation possible. C'est la chaîne des traditions qui rattache le passé à l'avenir, et qui fait de l'humanité entière un seul homme, enrichi d'âge en âge par les trésors accumulés de l'expérience. Après tout, le nombre des témoignages vrais est incomparablement supérieur à celui des témoignages faux. Et il est un *criterium* auquel il est difficile de ne pas accorder une grande confiance : les antécédents du témoin, l'accent avec lequel il dépose des faits à lui connus, peuvent ne laisser aucune prise au doute. La déclaration sincère d'un honnête homme n'a-t-elle pas une force sympathique, qui entraîne la conviction de tous ceux qui l'écoutent? En somme, il serait aussi impossible de rejeter absolument l'autorité du témoignage, que dangereux de l'admettre sans réserves. L'appréciation de la foi que méritent les écrits où sont rapportés les faits anciens, est l'objet d'une science spéciale fort importante, la critique historique. Eh bien! nous devons, pour l'examen des faits actuels attestés par nos contemporains, user de précautions analogues à celles que prennent les critiques judicieux, lorsqu'ils étudient le passé.

14. Indépendamment même de la foi au témoignage, l'observation des lois de la nature morale peut nous conduire à la connaissance de la vérité dans beaucoup d'occasions. Dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, il peut y avoir des *indices*, qu'on a quelquefois appelés *témoignages muets*, par opposition au témoignage véritable, à la déclaration de l'homme. C'est ainsi que la fuite d'un accusé, lorsque son départ ne paraît nullement motivé, rend sa culpabilité vraisemblable. Dans ce cas et dans les cas analogues, notre intelligence s'empare de

certains faits moraux pour en conclure l'existence de certains autres faits; de même que, dans les sciences physiques, l'observation de certains phénomènes nous fait croire à l'action de certaines causes. La force des indices moraux, comme celle des indices physiques, variera du reste à l'infini, suivant les circonstances.

15. En résumé, nous rangerons tout le système des preuves sous trois grands chefs :

1° Évidence, soit interne, soit externe;

2° Déduction, dégageant le connu de l'inconnu où il est renfermé;

3° Induction, partant du connu pour supposer l'inconnu : supposition qui se fonde sur l'observation des lois de la nature physique ou de la nature morale.

Suivant que les lois de la nature physique nous seront plus ou moins complétement révélées par l'expérience, il y aura à nos yeux certitude, ou bien présomption plus ou moins forte.

Quant aux lois de la nature morale, la plus usuelle de toutes les preuves, la foi au témoignage, s'y rattache intimement. Il y a de plus, dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, de simples indices.

Ainsi rangées, les preuves se trouvent suivre une progression décroissante, qui a pour premier terme le plus haut degré d'évidence interne, le sentiment de notre propre existence, et pour dernier terme les indices les plus légers, ceux qui ne peuvent motiver qu'un vague soupçon.

II. Des divers modes de preuves en matière judiciaire.

16. Essayons maintenant de classer les preuves judiciaires d'après le plan que nous venons d'adopter pour les preuves en général.

17. L'évidence interne, qui se présente en première

ligne, est nécessaire en droit comme partout ailleurs. Que penser d'un juge qui méconnaîtrait sa propre existence? Mais une pareille supposition est inadmissible. La chicane la plus audacieuse n'oserait soulever de pareils doutes. L'évidence interne est la base de toute certitude judiciaire, comme de toute certitude en général; mais c'est une base incontestée et incontestable.

18. L'évidence externe, avons-nous dit, bien que moins infaillible, est presque aussi sûre dans la pratique que l'évidence interne. Sans doute les sens du juge peuvent le tromper, comme ceux de tout autre homme. Mais, quand les faits lui arrivent par le canal d'un tiers, la chance d'erreur est triple, puisqu'on peut craindre à la fois une expérimentation erronée, un rapport inexact, enfin un rapport infidèle. Ici les deux derniers dangers disparaissent, le juge est en face de la réalité, et quand il a l'intime conviction d'avoir vu les faits de ses propres yeux, il faut supposer des circonstances bien extraordinaires pour qu'il se soit trompé. Cette expérimentation personnelle, bien qu'elle ne se présente qu'exceptionnellement dans la pratique judiciaire, y reçoit toutefois encore des applications assez variées. Quelquefois le juge se déplace lui-même pour aller prendre connaissance des faits; c'est ce qui arrive dans la descente sur les lieux. D'autres fois ce sont les faits qui viennent en quelque sorte le trouver; je veux parler des délits commis à l'audience, dont le juge peut être personnellement témoin. Enfin quelquefois on fait un appel à ses souvenirs, c'est lorsqu'il s'agit de reconnaître l'identité des condamnés en matière criminelle.

19. Il est toutefois certaines données qui, bien que soumises immédiatement à l'action de nos sens, ne sauraient être appréciées par celui qui ne possède pas de lumières spéciales sur la matière. Alors, de même que

nous nous servons d'instruments d'optique pour suppléer à l'imperfection de l'organe de la vue, le juge, qui ne peut avoir des connaissances encyclopédiques, emprunte à la science de précieux auxiliaires, afin d'obtenir une analyse exacte des éléments matériels qu'il a sous les yeux. L'expertise, malgré ses chances d'erreur, qui tiennent à la nature délicate des opérations auxquelles elle procède, est une des branches les plus importantes de la théorie des preuves; elle est du reste le complément indispensable de l'expérimentation personnelle à laquelle nous la rattacherons [1].

20. Mais le juge n'est appelé que dans des cas bien rares à prendre personnellement connaissance des faits; et si l'expertise est plus usitée, il faut avouer qu'elle ne peut jamais atteindre que des éléments purement matériels; le jeu des intentions, le ressort des consciences échappant à son scalpel. Aussi l'immense majorité des causes devra-t-elle se décider, non par l'évidence ou à l'aide d'experts qni peuvent approcher de l'évidence, mais par le secours de preuves proprement dites, c'est-à-dire de moyens intermédiaires conduisant à la découverte de la vérité. Nous avons vu que ces moyens reposent tous sur la déduction ou sur l'induction.

21. La méthode de déduction, qui consiste à tirer d'une proposition connue les conséquences qu'elle renferme, joue un grand rôle sans doute dans la science du droit. C'est lorsqu'il s'agit de la preuve du droit même. L'application à chaque espèce des principes posés par la loi est en grande partie un travail de logique, et c'est en ce sens que Leibnitz a pu dire des jurisconsultes romains que leurs écrits atteignent presque la rectitude des démon-

[1] Cette preuve se rattache cependant aussi à l'induction, puisqu'elle repose sur la foi due aux experts, foi qui suppose un mérite antérieurement éprouvé.

strations mathématiques : *Dixi sæpius, post scripta geometrarum, nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum romanorum jureconsultorum scriptis comparari possit*[1]. Mais, lorsqu'on parle de la théorie des preuves, on n'entend pas s'occuper de la preuve du droit. Le but qu'on se propose, c'est la recherche des meilleurs moyens que l'on peut employer pour vérifier les faits qui sont l'objet des débats judiciaires. Ce n'est pas que la preuve du droit doive être étrangère à ces débats. Nous ne résoudrions pas, comme Vinnius, par l'affirmative la question qu'il se pose dans ses *Quæstiones selectæ : An solæ quæstiones facti sint objectum probationis?* Le fameux avertissement, qui a trop souvent interrompu les plaidoieries autrefois et de nos jours : *Avocat, passez au fait; la cour sait le droit*, fait peu d'honneur aux lumières des magistrats qui se sont permis pareille interpellation. Il est du devoir de l'avocat de plaider le droit, comme le fait, non pour enseigner la loi aux juges, mais pour rechercher l'application, souvent fort délicate, des principes généraux de la législation à l'espèce qui leur est soumise. Mais cette preuve, qui en effet repose en grande partie sur la déduction, rentre dans une théorie toute spéciale, source à elle seule de nombreux développements, celle de l'interprétation des lois. Cette théorie du reste n'est pas régie à tous égards par les mêmes règles que celle qui nous occupe. L'interprétation n'est pas en effet un travail purement historique, où l'on se demande simplement en fait ce qu'a dit le législateur. C'est une œuvre d'art, dans laquelle il faut coordonner les résultats pour obtenir un tout homogène, harmonique. Le jurisconsulte, qui doit faire prévaloir

[1] Si les jurisconsultes classiques ne sont pas aussi sévères logiciens que les grands géomètres, ce n'est pas qu'il y ait infériorité de leur part. C'est que la science du droit se trouve modifiée par les faits positifs dans l'application, comme les lois de la mécanique abstraite le sont par la résistance de l'air atmosphérique.



l'esprit sur la lettre, a mission de combler certaines lacunes, de redresser certains écarts, ou plutôt certaines apparences d'écarts. Il ne lui est sans doute pas permis de refaire le mécanisme légal; mais il doit veiller à ce que le jeu des rouages dans les détails obéisse, autant qu'il est possible, à l'impulsion centrale. Cette faculté incontestable, bien qu'il importe de n'en user qu'avec sobriété, est tout à fait inadmissible, quand il s'agit de la preuve du fait. On sent qu'alors il faut nécessairement ou arriver à une démonstration positive, ou s'abstenir de prononcer.

Si la déduction, en tant qu'elle se rattache à la preuve du droit, se trouve placée en dehors de notre sujet, nous n'aurons pas à nous en occuper davantage, en ce qui touche la preuve du fait. A l'exception en effet de certaines questions de calcul, dont la solution, toute mathématique, ne peut donner lieu à aucune difficulté juridique, ce ne sera pas par la voie de la déduction que les faits arriveront à la connaissance du juge. La logique peut nous apprendre les conséquences des faits, mais elle ne saurait nous révéler les faits eux-mêmes[1]. Pour nous instruire des événements qu'il ne nous a pas été possible de percevoir directement, il faudra, non pas recourir au raisonnement abstrait, mais bien interroger les circonstances connues, pour arriver à la connaissance de l'inconnu, c'est-à-dire employer le procédé de l'induction.

22. Nous avons dit que l'induction, cette base de nos connaissances les plus importantes, tant scientifiques qu'historiques, se rattachait, tantôt à la constance des lois de la nature physique, tantôt à la constance des lois de la nature morale.

[1] Si la déduction nous amène dans le calcul à la connaissance des faits, c'est qu'il ne s'agit là que de vérifier une combinaison d'éléments que nous avons déjà perçus par d'autres voies.

23. Sans doute la constance des lois de la nature physique, de celles mêmes qui sont attestées par l'expérience universelle, n'est nullement une vérité logique, et il n'implique pas contradiction de supposer, par exemple, que les lois de la gravitation puissent se trouver suspendues. Mais aux yeux du jurisconsulte, qui se préoccupe bien plus de la certitude pratique que de la vérité abstraite, la constance de ces lois est considérée comme évidente. Celui donc qui voudrait offrir de prouver qu'il a marché sur l'eau, ne serait pas admis à faire ouvrir une enquête pour justifier du fait allégué. Ce n'est pas qu'un juge éclairé doive nier la possibilité métaphysique d'un miracle. Mais les faits miraculeux qui peuvent mériter quelque foi historique, sont en si petit nombre comparativement à ceux qui ne s'écartent pas de l'ordre normal, qu'il y a une extrême probabilité de mensonge ou d'erreur de la part de celui qui met en avant une pareille prétention. Or, pour qu'un juge ordonne la preuve d'un fait, il ne suffit pas que ce fait soit rigoureusement possible, il faut qu'il soit vraisemblable.

On ne pourra donc pas contester sérieusement en justice une loi de la nature bien constante; mais il en sera tout autrement, quand il s'agira d'établir entre tel fait et tel autre fait, supposé générateur du premier, un rapport qui n'est que purement conjectural, à raison de l'imperfection de nos connaissances. Lorsque la science ne peut plus fournir de données certaines, mais des probabilités, la base de l'induction devient extrêmement fragile; il n'y a plus que des *présomptions*, sur lesquelles nous reviendrons tout à l'heure, en les rapprochant des indices puisés dans l'ordre moral.

24. Mais l'espèce d'induction qui joue le plus grand rôle en jurisprudence, c'est celle qui repose sur la plus importante des lois de la nature morale, c'est-à-dire sur la

foi au témoignage de l'homme. Ici, nous entendons par *témoignage*, non pas seulement la déposition verbale de témoins proprement dits, ou de tiers, sur les faits litigieux; mais toute espèce de déclaration de l'homme, soit orale, soit par écrit, relativement à des faits passés. Nous allons voir que les preuves les plus usitées dans la pratique judiciaire ont pour base cette sorte d'induction, qui est loin d'être infaillible sans doute, mais dont l'emploi est indispensable. Le témoignage, en effet, dans une affaire litigieuse, peut émaner, ou du défendeur, ou de tiers, ou du demandeur lui-même.

Le témoignage du défendeur, se condamnant lui-même dans sa propre cause, c'est l'aveu, la plus grave des inductions judiciaires, mais qui toutefois, nous le verrons, n'est pas toujours infaillible. A l'aveu nous rattacherons le serment décisoire, ressource extrême employée dans l'espoir d'obtenir un aveu tacite de la conscience de l'adversaire, demandeur ou défendeur, qui refuserait de jurer.

Le témoignage de tiers étrangers au litige constitue la preuve testimoniale proprement dite.

Enfin, la loi permet de s'en référer au témoignage du demandeur même, dans les cas où elle autorise, soit le serment supplétoire, soit certaines affirmations, même non accompagnées de serment.

Chacun de ces témoignages peut être reçu en justice dans sa forme ordinaire, ou bien entouré de certaines conditions impérieusement exigées pour sa validité. Dans le premier cas, la preuve peut être dite *simple*, puisque elle n'a aucun caractère artificiel; dans le second, elle est *légale* ou *préconstituée*. A cette dernière classe se rattachent les actes sous seing-privé, qui sont des aveux soumis à certaines formalités; les actes authentiques, témoignages rendus d'une manière solennelle par des officiers publics sur des faits qui se sont passés en leur présence; enfin,

les registres des marchands, où ils sont appelés eux-mêmes, moyennant l'observation des conditions légales, à attester leurs propres droits. L'écriture étant ordinairement employée chez les peuples civilisés comme le mode de constatation le plus régulier, on a pris l'habitude de confondre la preuve écrite avec la preuve préconstituée. Mais il est facile de se convaincre que ces deux expressions ne sont pas synonymes. On peut convenir de certains signes, comme les tailles, d'où pourra résulter une preuve préconstituée, sans écriture; et, réciproquement, un écrit, tel qu'une lettre, pourra n'avoir aucun des caractères de la preuve préconstituée ou légale [1].

25. Le nom de *preuve* est ordinairement réservé aux modes de démonstration, soit simples, soit légaux, qui s'appuient sur la foi au témoignage. L'induction qui ne repose que sur des indices, pris dans l'ordre physique ou dans l'ordre moral, induction toujours plus ou moins conjecturale, donne lieu à ce qu'on appelle les *présomptions*. L'article 1349 du Code civil définit les présomptions, *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.* Cette définition, prise à la lettre, comprendrait l'induction tout entière, et par conséquent les preuves proprement dites, aussi bien que les présomptions. Dans la preuve littérale, par exemple, on conclut d'un fait connu, l'existence d'un écrit revêtu de certaines formes, à un fait inconnu, l'existence d'une convention intervenue sur tel point, entre telles personnes. Ce n'est point là pourtant ce que le Code appelle présomption. Ici le fait connu, l'écrit, a eu précisément pour objet de constater le fait inconnu, la convention. Or il n'y a pas véritablement présomption, quand le fait connu est employé pour ainsi dire à son usage natu-

[1] C'est ainsi que, dans la distinction du *jus scriptum* et du *jus non scriptum*, l'écriture s'entend d'une promulgation.

rel. Une fois le principe de la foi au témoignage admis, l'induction qui nous conduit de l'écrit à la convention est une opération si simple, qu'elle passe presque inaperçue. La preuve semble directe; tant l'esprit y arrive aisément. Il n'en est pas de même, quand je conclus de certaines traces trouvées sur le chemin qui conduit au lieu où un crime a été commis, à la culpabilité de celui au pied duquel les empreintes correspondent parfaitement. Ces traces n'ont nullement pour objet de constater ce que je prétends établir. Ici la foi au témoignage n'est plus en jeu, il ne s'agit que d'un signe muet, plus ou moins équivoque. L'opération de l'esprit par laquelle je conclus du rapprochement des traces à la culpabilité, ne repose plus sur des principes communément admis, mais sur une conjecture de mon jugement. Il y a là ce que les jurisconsultes anglais ont assez heureusement appelé une *construction*. Le résultat de l'opération étant dès lors plus douteux que dans l'autre espèce d'induction, cè qu'il y a d'artificiel dans la conclusion y est beaucoup plus sensible. On dit alors que je *tire* la conséquence du fait connu au fait inconnu; il n'y a que présomption. C'est donc bien mal à propos que l'article 1350 classe parmi les présomptions l'aveu de la partie et le serment, qui sont, tout aussi bien que les écrits et les témoins, des preuves proprement dites. Du reste les rédacteurs du Code n'ont pas persisté dans cette mauvaise classification, puisqu'ils consacrent ensuite à l'aveu et au serment des sections séparées.

La distinction que nous avons établie entre les preuves simples et les preuves légales, s'applique aussi aux présomptions. D'après l'article 1349, ce sont des conséquences que *la loi ou le magistrat* tire, etc. Il y a donc des présomptions pour lesquelles le juge est laissé à ses propres lumières, où sa raison doit le guider dans l'usage si délicat des conjectures judiciaires, comme elle le guide-

rait dans les affaires ordinaires de la vie. On peut les appeler *présomptions simples*. Il y en a d'autres où la loi, mue par des motifs d'intérêt supérieur, tire elle-même impérieusement la conséquence, comme lorsqu'elle conclut du mariage avec une femme, la paternité des enfants qui viennent à naître d'elle. Ce sont des *présomptions légales*.

26. Après avoir ainsi énuméré les diverses sources auxquelles sont puisées les preuves judiciaires, il ne nous reste plus, pour terminer notre cadre, qu'à mentionner la preuve au second, au troisième degré, etc., ou, si l'on veut, la preuve de la preuve. C'est ainsi que l'existence d'un écrit perdu, d'un testament par exemple, pourra elle-même être constatée par témoins ou par écrit. Il est évident toutefois que, plus on s'éloigne de la source, plus la preuve perd de sa force. L'article 1335 du Code civil fait l'application aux copies et aux copies de copies de cette vérité incontestable. On a comparé assez heureusement cette diminution de la probabilité à l'extinction de la clarté des objets, par l'interposition de plusieurs morceaux de verre; un nombre de morceaux peu considérable suffit pour dérober la vue d'un objet, qu'un seul morceau laisse apercevoir d'une manière distincte.

27. En résumé, voici à peu près l'ordre dans lequel nous aborderons les divers modes de preuves qui sont l'objet de ce traité :

Première catégorie. — Expérience personnelle.

Descente sur les lieux.
Délits commis à l'audience. } Du moins dans certains cas.
Reconnaissance de l'identité des condamnés. } Du moins dans certains cas.
Expertise, complément de l'expérience personnelle.

Deuxième catégorie. — Foi au témoignage.

Preuves proprement dites, se subdivisant en :

Preuves simples :

Aveu; auquel se rattache le serment décisoire.

Preuve testimoniale.

Affirmation du demandeur; à laquelle se rattache le serment supplétoire.

Preuves préconstituées :

Écrit sous seing privé.

Titre authentique.

Registres des marchands.

Troisième catégorie. — Présomptions.

Simples.

Légales.

Quatrième catégorie, complément des autres. — Preuve de Preuve.

Témoignage indirect.

Copies.

On voit que nous laissons en dehors de notre plan l'évidence interne, qui est par trop incontestable; la déduction, qui est étrangère à la preuve du fait; enfin l'induction fondée sur la constance des lois de la nature, qui donnera rarement lieu à de sérieuses difficultés.

27. Nous diviserons ce traité en quatre parties, correspondant aux quatre catégories de preuves que nous venons d'indiquer.

Mais, avant d'aborder chaque preuve en particulier, il convient d'exposer quelques idées générales sur la marche de la preuve dans la procédure.

Nous réserverons, au contraire, pour un appendice qui terminera ce traité, quelques considérations sur l'effet rétroactif et sur le droit international en matière de preuves : considérations qui ne peuvent être bien saisies, quand on n'a pas étudié auparavant les divers modes de preuves judiciaires.

NOTIONS GÉNÉRALES

SUR LA MARCHE DE LA PREUVE.

28. Deux personnes sont en contestation relativement à un point. On se demande tout d'abord laquelle des deux doit prouver la vérité de sa prétention. La question n'est pas sans intérêt. Il est bien plus commode en effet de combattre les allégations de son adversaire que d'avoir à justifier les siennes. Qui doit prouver? Voilà la première question que nous avons à examiner.

Mais, à défaut de preuve suffisante de la part de celui qui est chargé de prouver, que doit faire le juge? C'est là une seconde question, qui se rattache intimement à la première.

Enfin que peut-on prouver? N'y a-t-il pas certains faits dont la loi ne veut pas que la connaissance officielle soit acquise par la voie judiciaire? Tel sera le troisième sujet de notre examen.

I. Qui doit prouver?

29. Un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois, c'est que celui qui veut innover doit démontrer que sa prétention est fondée. Ce principe a toujours été admis en matière personnelle. Si je me dis créancier, il faut bien que je démontre l'obligation de mon prétendu débiteur, ou je ne puis le contraindre à payer. En matière réelle, nous voyons que le droit romain pri-

mitif, dans la procédure des actions de la loi, mettait les deux parties sur la même ligne. Mais plus tard le droit prétorien établit également une présomption en faveur du possesseur, présomption qui s'est maintenue jusqu'à nous.

On exprime ces deux vérités par une formule plus générale, quand on dit que c'est au demandeur à faire la preuve ; le non-possesseur et le prétendu créancier jouant forcément le rôle de demandeur. Mais quand, la preuve de la demande une fois faite, l'autre partie allègue à son tour, soit une défense proprement dite, telle que le payement, soit une exception, comme le délai légal de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer, c'est à elle à justifier du fait sur lequel elle s'appuie : *reus in exceptione actor est* (*Ulp.*, l. 1, ff, *de probat.*). Si le demandeur primitif réplique à son tour, ce sera à lui à prouver que sa réplique est fondée, et ainsi de suite jusqu'à l'infini. En un mot, quiconque allègue un fait nouveau, contraire à la position acquise de l'adversaire, doit établir la vérité de ce fait [1].

[1] L'exposition de ces règles, si élémentaires, si incontestables, suffit pour faire toucher au doigt le peu de fondement de l'explication adoptée par de bons esprits, sur le fameux *sane uno casu* du titre *de actionibus*, § 2, aux Institutes. Le cas unique (en dehors des actions confessoire et négatoire) où le possesseur serait obligé de prouver, serait l'hypothèse d'un propriétaire qui, recouvrant la possession de son héritage qu'on était en train d'usucaper, se trouve en butte à l'action publicienne, et réduit à prouver qu'il est dans le cas de l'exception *justi dominii*, c'est-à-dire qu'il est propriétaire du fonds même qu'il possède. Mais rien de plus simple que cette prétendue singularité, rien de plus aisé à concilier avec les principes qui protégent la possession.

Celui qui intente l'action publicienne, ne possédant pas, est obligé de prouver qu'il était dans les conditions voulues pour l'usucapion. Maintenant, cette preuve faite, le défendeur veut établir qu'il est propriétaire. Peut-on l'en croire sur parole, quand le demandeur a clairement établi, lui, qu'il avait la chose *in bonis* ? Non, évidemment ; les rôles sont forcément intervertis. Le défendeur invoque un fait nouveau, pour lequel il se constitue demandeur. C'est à lui à en justifier. La présomption que la possession créait en sa faveur dans la première phase de l'instance, s'est évanouie en présence de la preuve faite par l'autre partie. Dès lors il

Ces principes, qui ne sont autre chose que la raison et le bon sens appliqués à la procédure, sont aussi les seuls que consacre le Code civil en traitant de la preuve des obligations; et il est constant que ce qui est dit sous cette rubrique doit s'appliquer aux preuves en général : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, » dit l'article 1315, « doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le payement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation. »

30. On répète cependant tous les jours que ces principes ne sont vrais qu'en tant qu'il s'agit d'une affirmation; mais que, si celui qui joue le rôle de demandeur allègue un fait négatif, il ne peut être tenu de le démontrer, et se trouve fondé en conséquence à rejeter la preuve sur l'adversaire.

Pour combattre cette idée, il faut d'abord démontrer que la preuve d'un fait négatif n'est pas impossible. Puis nous établirons que le fardeau de la preuve doit toujours incomber au demandeur, soit qu'il affirme, soit qu'il nie.

Premier point.

La preuve d'un fait négatif est-elle impossible?

31. Il ne faut pas de bien profondes réflexions pour se

n'est plus censé posséder, de même que la maxime ***favorabiliores sunt rei quam actores***, perd toute sa force, quand une fois la créance est constatée. L'anomalie consisterait précisément à décider le contraire. Et il n'y a là aucune subtilité particulière au droit romain. Chez nous, et dans toutes les législations modernes, il en serait de même dans l'hypothèse d'un dépositaire qui viendrait à découvrir qu'il est propriétaire de l'objet du dépôt. Une fois la preuve du dépôt faite contre lui, vainement invoquerait-il sa possession pour se dispenser de prouver que l'objet lui appartient. On lui répondrait que le principe qui dispense le possesseur de la preuve ne s'est jamais entendu que de la défensive contre la demande primitive, et non de l'offensive, qui fait l'objet d'une demande reconventionnelle. Il n'y a donc, dans l'espèce, aucune exception aux principes bien constants de la matière, et cette explication trop vantée ne vaut guère mieux que celle qui consistait à lire ***non uno casu***.

convaincre de la possibilité de prouver une négative. N'arrive-t-on pas tous les jours à la démonstration claire et irréfragable d'une proposition négative, de celle-ci, par exemple, une servitude de passage n'est pas susceptible de prestation partielle? L'opinion contraire mènerait à cette conséquence, qu'il suffit d'énoncer pour la réfuter, que quiconque voudrait nier une maxime reçue, devrait être repoussé *à priori*, comme entreprenant une preuve impossible. Mais qui ne voit que le plus souvent, dans une discussion, quand l'un soutient l'affirmative, l'autre la négative, il y a de part et d'autre une allégation bien positive, bien susceptible d'être clairement démontrée, que toute la différence n'est que dans la forme, dans la manière de poser la question? J'affirme que Paul est riche; vous le niez. Il est facile de vérifier lequel de nous a raison, et vous n'êtes pas plus embarrassé pour faire la preuve que si vous aviez affirmé, vous, qu'il était pauvre, et que moi j'eusse nié votre assertion. C'est ainsi qu'on ramène à une affirmation cette proposition en apparence toute négative: une servitude de passage n'est pas susceptible de prestation partielle. En constatant la nature bien positive, bien précise du passage, on arrive à reconnaître qu'il est de son essence de s'effectuer en totalité: ce qui conduit au rejet de la proposition qui le considérerait comme divisible. Ainsi, sous l'enveloppe d'une négative se cache une affirmation bien tranchée: c'est ce que les anciens docteurs ont appelé, dans leur langage énergique, une négative génératrice, *negativam prægnantem*. Elle consiste dans l'allégation d'un fait manifestement incompatible avec un autre fait précédemment allégué; fait qui n'en est pas moins positif pour être articulé sous une forme négative.

Dans cette classe rentrent les négatives qu'on a appelées *négatives de qualité* et *négatives de droit*. Il y a néga-

tive de qualité, lorsque, par exemple, on conteste à quelqu'un la qualité de Français, ce qui revient à dire qu'il est étranger : proposition susceptible d'une preuve directe. La négative de droit, qui se rattache à la même idée, consistera, par exemple, à contester, en fait, l'existence de l'une des conditions requises pour la validité d'un testament, ce qui revient à dire que le testament contient un vice matériel : vice qu'il est facile de reconnaître, s'il existe. C'est ainsi que la cour de cassation a décidé, par un arrêt de rejet du 21 novembre 1826, que celui qui prétend que son adversaire n'a pas produit à un ordre, peut et doit le prouver. L'inspection du procès-verbal du juge-commissaire (Code de procédure, art. 754) permet en effet de constater l'absence de production, tout aussi clairement que la production des titres.

32. Mais, s'il est vrai que, toutes les fois que je nie une qualité, j'affirme forcément la qualité contraire; que, toutes les fois que je nie l'accomplissement de conditions légales, j'affirme virtuellement l'existence matérielle d'un état de choses contraire à la loi; il y a plus de difficulté pour la *négative de fait*. Lorsqu'on met en avant un fait précis, déterminé, la négation de ce fait semble avoir quelque chose d'insaisissable qui échappe à l'analyse. De là la vieille maxime : *magis creditur duobus testibus affirmantibus quam mille negantibus*. Toutefois il n'est pas douteux que la négative de fait même ne soit susceptible d'une preuve directe. C'est ce qui arrivera, si elle consiste dans l'allégation d'un autre fait positif, dont l'existence ne soit pas compatible avec celle du fait d'abord allégué, par exemple, si un accusé invoque un *alibi*. On retombe alors dans la négative génératrice des docteurs, et toute difficulté s'évanouit. Mais, s'il n'existe pas, en faveur de la négative, d'arguments d'une nature aussi décisive, elle devient alors moins facile à établir que l'af-

firmative. Mais à quoi cela tient-il ? Ce n'est pas, comme on se l'imagine ordinairement, qu'il y ait impossibilité de prouver une proposition négative ; nous venons de voir que cette preuve est très-praticable dans une infinité de circonstances. Cela tient à ce qu'ici la négative est indéfinie. Circonscrivez-la, opposez aux témoins qui déclarent avoir vu commettre le crime, d'autres témoins qui, présents au même lieu et à la même heure, déclareront n'avoir rien vu ; et la seconde preuve aura tout autant de poids que la première. Mais les choses se passent rarement ainsi, celui qui nie n'est que trop souvent obligé d'avoir recours à des inductions, et alors sa position est moins favorable, non parce qu'il nie, mais parce qu'il fait reposer sa preuve négative sur des faits plus ou moins vagues. *Si negativa indefinita probari non potest*, dit Cocceius, *id non indè est, quia negativa, sed quia indefinita ; nec affirmativa indefinita potest.* Ainsi, si j'affirme en général que vous avez été corrompu, que vous avez malversé, sans pouvoir préciser en quoi ni comment, voilà une proposition affirmative qui ne sera pas non plus susceptible de preuve. Et pourquoi ? parce qu'elle est indéfinie.

Allons plus loin, cherchons à pénétrer au fond des choses. Toute proposition alléguée est ou nue, ou appuyée sur des preuves. Dans le premier cas, il est évident que l'affirmation ou la dénégation n'ont d'autre valeur que l'autorité personnelle de celui qui les met en avant. Dans le second cas, soit que l'on affirme, soit que l'on nie, puisqu'on invoque des arguments, on allègue des faits plus ou moins précis, que l'on entreprend de démontrer. Ainsi, l'accusé, qui plaide sa non-culpabilité, ne peut appuyer sa dénégation que sur des faits justificatifs qu'il affirme. Donc toute négation sérieuse implique affirmation. *Certe, si diligenter attendas*, dit la glose, *non est aliqua negativa, quæ tacitam non habeat affirmativam.* Si

la proposition négative de l'accusé ne repose quelquefois que sur de faibles inductions (*probat per obliquum negativa*), n'en est-il pas trop souvent de même de la proposition affirmative de l'accusateur? Les faits allégués par l'une comme par l'autre des parties peuvent être ou parfaitement précis, ou tout à fait insaisissables, ou de nature à présenter une des nuances qui séparent ces deux extrêmes. Mais il ne faut pas s'imaginer qu'ils soient insaisissables, par cela seul qu'ils viennent à l'appui d'une proposition négative. Quoi de plus précis qu'un *alibi*? Quoi de plus vague qu'une accusation fondée sur les mauvais antécédents de l'accusé? Mais, dira-t-on, il est des négations qui, par leur nature, échappent tout à fait à la preuve, telles que celle-ci : Je n'ai jamais rencontré Titius. Cette exception apparente rentre dans la règle générale, qui voit dans toute négative une affirmation virtuelle. Pour prouver que je n'ai jamais rencontré Titius, il faudrait que j'eusse des témoins qui ne m'eussent pas perdu de vue de toute ma vie, et qui rendissent compte de toutes mes démarches : preuve positive, mais moralement impossible. Ici la négative s'analyse en un nombre infini de propositions affirmatives, comme la ligne courbe se décompose en lignes droites. Les faits, pris isolément, n'ont rien que de positif; la difficulté tient à leur multiplicité. Or la même impossibilité morale, provenant de la nature complexe d'une proposition simple en apparence, peut se rencontrer dans une proposition affirmative, telle que celle-ci : j'ai toujours porté au doigt telle bague.

33. En résumé toute preuve d'une négative, si elle mérite le nom de preuve, suppose l'affirmation de certains faits. Ou bien ces faits sont des faits précis, directement opposés à ceux qu'invoquerait l'adversaire, ce qui arrive toujours dans les négatives de droit ou de qualité; alors

la négative est génératrice, elle conduit à une affirmation positive, palpable. Ou bien, ce qui arrive souvent dans la négative de fait, les faits invoqués à l'appui de la négative sont indéfinis; et alors il est vrai que la preuve sera difficile, quelquefois même moralement impossible. Mais il en serait de même d'une proposition affirmative composée des mêmes éléments : *non quia negativa, sed quia indefinita.*

Deuxième point.

Le fardeau de la preuve doit-il incomber dans tous les cas à celui qui affirme ?

34. Le système qui veut substituer à la maxime, que c'est au demandeur à prouver, celle que la preuve incombe, dans tous les cas, à celui qui affirme, et jamais à celui qui nie, peut se fonder sur certaines considérations abstraites et sur l'autorité de certains textes du droit romain. Essayons d'apprécier la portée des arguments qu'il emprunte à ces deux ordres d'idées.

35. D'abord on se place sur le terrain de la logique, et on dit : la preuve d'un fait négatif est à peu près impossible à administrer. Celle d'une proposition affirmative est très-facile. La justice doit choisir la voie qui la conduit sûrement au but, plutôt que celle qui n'aboutit qu'à une impasse. Il est aussi conforme à la raison qu'à l'utilité pratique de toujours imposer la preuve à celui qui affirme plutôt qu'à celui qui nie. Nous avons déjà détruit la base de cette argumentation, en établissant que la preuve d'une négative est très-praticable. Mais allons plus loin; tenons pour non avenu ce que nous croyons avoir démontré jusqu'à l'évidence, que toute négative sérieuse se résout en affirmative, et retombe, par cela même, dans le domaine de la preuve; admettons un instant que l'on ne puisse prouver qu'une proposition

affirmative en la forme : le système opposé obtiendra-t-il pour cela gain de cause? Nullement. La maxime que nul n'est tenu à l'impossible est parfaitement applicable quand il s'agit d'une obligation légale, que nous subissons sans aucune participation de notre volonté. Mais ne perdons pas de vue la règle fondamentale de cette matière, posée par l'article 1315 du Code. Celui qui réclame quelque chose en justice veut innover, puisqu'il attaque, ou bien la possession positive de son adversaire, s'il s'agit d'un droit réel, ou bien, en matière personnelle, cette sorte de possession de sa liberté où se trouve placé tout homme dont l'assujettissement envers autrui n'est pas constaté. C'est à lui à justifier son assertion, puisque rien ne se présume en dehors des présomptions établies par la loi. Sur quoi s'appuie-t-il pour rejeter le fardeau de la preuve sur l'adversaire? Sur ce qu'il lui est impossible de prouver ce qu'il soutient? Mais alors pourquoi vient-il entretenir la justice de ses réclamations? Comment! il reconnaît en principe que c'est à lui à établir son droit, et parce qu'il ne saurait y parvenir, il voudrait imposer le rôle actif dans la procédure à l'autre partie, qui ne réclame que le maintien du *statu quo*! A ce compte, les propositions les plus insoutenables seraient les plus commodes à alléguer, puisque l'impossibilité même de les prouver mettrait la preuve du contraire à la charge du défendeur! Il faut vraiment toute la force des traditions et de la routine pour que l'on puisse concevoir que de pareils arguments aient fait quelque impression sur des esprits sérieux.

36. Insoutenable aux yeux de la raison, le système qui dispense le demandeur de prouver une négative est-il au moins fondé à invoquer l'autorité des jurisconsultes romains? Il a été, dit-on, formulé par Paul, dans la loi 2, ff. *de probat : Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

Mais d'abord, les prétendues règles de droit, posées par Tribonien, ne sont souvent que des observations isolées des anciens jurisconsultes, auxquelles on prête une portée exagérée, en les détachant de ce qui précède et de ce qui suit. Et même, en prenant le texte de Paul pour général, il ne signifie pas nécessairement que le demandeur n'est tenu de prouver qu'en tant qu'il énonce une proposition affirmative. Il peut vouloir dire simplement que la preuve incombe à celui qui émet une proposition, et non pas à celui qui se contente de la dénier : ce qui rentrerait dans la règle générale, qui en impose la charge à quiconque, soit dans la demande, soit dans la défense, allègue un fait nouveau. Et cette interprétation est d'autant plus fondée, que tel est le sens manifeste d'un autre texte invoqué à contre-sens par l'opinion vulgaire. Qui n'a entendu répéter cet adage : *Factum negantis probatio nulla est*, comme expression de l'impossibilité de prouver une négative? Eh bien! cet adage se retrouve en effet dans le *corpus juris*, mais avec un tout autre sens que celui qu'on lui prête communément. Un rescrit de Dioclétien et de Maximien, qui forme la loi 23, au Code, *de probationibus*, porte en effet : *Actor, quod adseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cùm per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.* S'agit-il ici d'un fait négatif, dont le demandeur rejetterait la preuve sur la partie adverse? Pas le moins du monde. Le rescrit a pour but, au contraire, de protéger le défendeur contre les prétentions d'un demandeur qui, désespérant de prouver, voulait en imposer l'obligation à l'adversaire. Et quel est le motif de cette décision? C'est que celui qui se borne à dénier les allégations produites contre lui, n'a rien à prouver. Les empereurs décident donc que c'est au demandeur à faire la preuve, quelque difficile qu'elle soit. Ainsi, bien loin

d'adopter le système qui autorise l'interversion des rôles, ils consacrent de la manière la plus formelle le principe qui oblige le demandeur à justifier de son droit. *Factum negantis probatio nulla est* signifie évidemment ici, qu'on n'est pas tenu de prouver, quand on se renferme dans une simple dénégation. Or quand est-il permis de se renfermer dans une simple dénégation? Quand on se tient sur la défensive, c'est-à-dire quand on est défendeur, soit à la demande, soit à l'exception. C'est probablement aussi tout ce que voulait dire le texte de Paul : *onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat.*

Il est vrai qu'il y avait un cas à Rome où celui qui aurait dû prouver une négative était autorisé à rejeter la preuve sur l'adversaire. C'était celui où, poursuivi en vertu d'un écrit d'où naissait directement l'obligation de payer une certaine somme, le signataire invoquait l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Bien que le défendeur par cette exception se constituât demandeur, il avait droit d'exiger du prétendu créancier la preuve de la numération des espèces. Mais c'est là une décision toute spéciale, tout exceptionnelle, qui tient à deux causes : en premier lieu, la fréquence de ce genre de fraude à Rome, fréquence attestée par le grand nombre de textes qui en font mention; en second lieu, le peu d'autorité dont jouissaient chez les Romains les écrits dont, jusqu'à Justinien (§ 12, *de inut. stipul.*, *Instit.*), on pouvait très-facilement contester l'autorité. Ces deux motifs sont tout à fait inapplicables aujourd'hui. Aussi cette doctrine a-t-elle été depuis longtemps rejetée en France : « exception de pécune non nombrée n'a lieu, dit Loisel (Inst. Cout., liv. 5, tit. 2), pour charger le demandeur qui a une obligation ou cédule reconnue. » Du reste, ce cas était le seul[1] où l'on intervertît à Rome les principes

[1] Sauf les traces que pouvait avoir laissées le système des actions de

de la preuve. La règle qui la met dans tous les cas à la charge du demandeur se trouve nettement formulée par Africain dans la loi 15, ff. *de op. nov. nuntiat.* Après avoir supposé que la partie actionnée refuse de défendre, soit dans une action confessoire, soit dans une action négatoire, le jurisconsulte dit, sans distinguer : *hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet : id enim esse, petitoris partes sustinere.* Ainsi, soit qu'il s'agisse d'une affirmation, soit qu'il s'agisse d'une négation, on force la partie qui ne veut pas défendre à jouer le rôle de demanderesse, c'est-à-dire à prouver[1]. Le demandeur doit donc faire la preuve, même dans une action négatoire.

37. Mais comment établir qu'il n'existe pas de servitude sur le fonds que je possède? C'est là une négative indéfinie qui échappe à la démonstration. Dans des espèces semblables, il est un tempérament adopté par les partisans de la doctrine que nous soutenons ici; tempérament qui consiste à obliger le défendeur, non pas à prouver son droit, mais à alléguer le titre auquel il le rattache, par exemple une donation, un testament. La question se trouvera alors placée sur un terrain positif, et il sera possible au demandeur d'établir que ce titre n'existe pas. S'il n'y réussit pas, il sera débouté de sa prétention. Si au contraire il y réussit, la présomption sera en sa faveur, et ce sera au défendeur, qui aura succombé une première fois, à justifier, s'il se peut, de l'existence d'un autre titre. Ce tempérament n'est pas seulement une affaire de pratique; il est parfaitement conforme aux prin-

la loi, lequel ne tenait pas compte de la possession antérieure au litige.

[1] On a trouvé dans cette espèce, et dans les cas analogues où les rôles sont intervertis par le magistrat, qui déplace fictivement la possession, une explication assez plausible du fameux *sane uno casu.*

cipes que nous avons posés dans la première partie de cet article. Nous avons reconnu que, dans le cas où une proposition négative ne peut se prouver, cela tient à ce qu'elle est indéfinie; rendez-la définie en la concentrant sur un point, et rien de plus aisé que de sortir d'embarras.

38. En résumé, pour réduire la question à sa plus simple expression, en empruntant les formes de la logique, l'opinion que nous avons essayé de combattre peut se ramener à ce syllogisme : une proposition négative n'est pas susceptible d'être prouvée; or celui qui allègue une proposition qui n'est pas susceptible d'être prouvée peut rejeter la preuve sur l'adversaire; donc celui qui allègue une proposition négative peut rejeter la preuve sur l'adversaire. Nous avons établi que toute négative sérieuse est susceptible de démonstration ; ce qui fait tomber la majeure. La mineure est en opposition avec les principes les plus constants sur le règlement d'une bonne procédure. Elle s'appuie faussement sur le droit romain, qui la repousse dans les cas ordinaires, et ne la consacre dans une espèce particulière que sous l'influence d'idées qui n'ont plus cours aujourd'hui. Nous sommes donc conduits forcément à cette conclusion, que chez nous c'est toujours au demandeur à prouver, et qu'il peut le faire, même lorsqu'il s'agit d'un fait négatif; il le pourra bien plus généralement, si on admet cette sage restriction que, pour rendre la négative définie, on pourra obliger la partie adverse à préciser ses prétentions.

II. Que décider en l'absence de preuves suffisantes ?

39. Cette question, nous l'avons dit, se rattache intimement à la précédente. De la solution de cette question dépend en effet, en grande partie, l'intérêt des difficultés

relatives à l'attribution des rôles pour la preuve; car il ne faut pas s'imaginer que, parce qu'une partie est chargée de prouver, l'autre pourra impunément se retrancher dans un silence systématique. On aura toujours mauvaise grâce à refuser des éclaircissements à la justice, et de plus, il sera rarement sans danger de s'abstenir de répondre aux allégations de l'adversaire. Mais l'importance de l'attribution des rôles dans la procédure tient surtout à ce que l'insuffisance de la preuve, de la part de celui qui est chargé de l'administrer, doit entraîner le rejet de sa prétention. *Actore non probante, reus absolvitur.*

C'est là le grand avantage de la position du défendeur, dès que l'on admet avec nous que c'est toujours au demandeur à prouver. Les considérations qui militent en faveur de cette décision conduisent à reconnaître que, faute de faire la preuve, le demandeur doit succomber. La preuve ne serait plus un fardeau (*onus probandi*), si la non-réussite ne devait pas être fatale à celle des deux parties qui doit prouver.

40. Toutefois ce principe si raisonnable n'a pas toujours été observé; les Romains, qui nous l'ont transmis, n'y ont pas toujours été fidèles. Ainsi Aulu-Gelle (*Nuits Att.*, liv. 14, ch. 2) nous apprend que, chargé de prononcer sur l'existence d'une créance, dans une affaire où le demandeur n'avait pas de preuves suffisantes, mais où il était d'une réputation intacte, tandis que celle du défendeur était détestable, il se tira d'embarras en jurant qu'il ne voyait pas clair dans l'affaire, *sibi non liquere;* ce qui serait considéré aujourd'hui comme un déni de justice. Nos anciens auteurs, de leur côté, ont proposé divers expédients pour résoudre les questions douteuses. Les uns veulent qu'on tranche le différend par la moitié, ce que Cujas appelle avec raison *anile judicium.* D'autres proposent l'emploi du sort, emploi qui a été réalisé en effet,

en 1644, dans la fameuse *sentence des bûchettes*[1]. Ce qu'il y a d'arbitraire et de ridicule dans l'emploi de pareils moyens prouve combien il est sage de prononcer purement et simplement en faveur du défendeur.

Il est vrai qu'un novateur intrépide, que nous aurons souvent occasion de rencontrer sur notre chemin, Bentham propose de renverser la vieille maxime : *actore non probante*, etc. Entre le demandeur et le défendeur, la *présomption antéjudiciaire,* pour employer ses expressions, doit être en faveur du premier (voyez les *Preuves judiciaires*, édit. de Dumont, tom. II, liv. II, chap. II). Les causes gagnées par les demandeurs, dit-il, sont dans une proportion bien supérieure à celle des causes gagnées par les défendeurs. Mais c'est là déplacer la question. Il ne s'agit pas de savoir si, dans tous les procès pris en masse, les demandeurs n'ont pas en majorité raison, ce qui peut être vrai ; il s'agit d'examiner si un demandeur qui n'a pas établi suffisamment son droit peut être présumé fondé dans sa prétention. La plupart des demandeurs triomphent sans doute; c'est qu'ils réussissent à prouver leur droit. Mais y a-t-il rien dans ce résultat, qui nous autorise à supposer que ceux-là même qui n'ont pu parvenir à faire la preuve avaient raison au fond? et qui ne voit qu'admettre une pareille présomption, ce serait ouvrir la porte aux procès les plus scandaleux, aux vexations les plus intolérables? Tenons-nous en à la maxime, aussi ancienne que sage, qui protége le *statu quo*, la présomption de propriété ou de liberté qui s'élève en faveur du défendeur[2].

[1] Cette sentence a été rendue par un juge de Melle qui avait fait tirer aux plaideurs deux pailles ou *bûchettes*, qu'il tenait entre les doigts. Heureusement pour l'honneur de la justice, elle a été réformée par le parlement de Paris.

[2] *V.* les notes de M. Rossi sur ce passage de Bentham, dans l'édition de Dumont, à l'endroit cité.

41. C'est surtout en matière criminelle que cette maxime doit être considérée comme sacrée; toutes les fois que la culpabilité n'est pas bien établie, il serait monstrueux de prononcer une peine On admettait cependant jadis en France un terme moyen, adopté encore aujourd'hui par certaines législations étrangères (Code crim. de Prusse de 1805, art. 405). « Les juges, » dit Papon (l. 24, t. 8, n° 1, de son recueil d'arrêts), « n'ayant » en main pour la preuve du maléfice, autre chose que des » indices et des présomptions, ores qu'ils soient indubi- » tables et véhéments, si ne doivent-ils pas juger à la vraie » et dernière peine, tout ainsi que s'il y avait des témoins » déposant l'avoir vu, ains doivent incliner à quelque *gra- » cieuse* condamnation. » Nous verrons que ce résultat était la conséquence à peu près forcée du système des preuves légales en vigueur dans notre ancien droit. Quoi qu'il en soit, cet abus révoltant, qui consiste à condamner à une peine moindre, celui qui, après tout, peut être innocent, a été énergiquement réprouvé par la raison éclairée de d'Aguesseau. « Cet usage, » dit-il, dans une lettre du 4 janvier 1739, au prévôt de la maréchaussée de Franche-Comté, « est un abus qu'on ne peut tolérer, et que j'au- » rai soin de réprimer. Ou la preuve d'un crime est » complète, ou elle ne l'est pas; dans le premier cas, il » n'est pas douteux qu'on doit prononcer la peine portée » par les ordonnances; mais, dans le dernier cas, il est » aussi certain qu'on ne doit prononcer aucune peine. » Les jurés qui, de nos jours, déclarent en pareille hypothèse, la culpabilité *avec des circonstances atténuantes*, retombent, par une autre voie, dans le même abus [1]. La raison, ni la conscience n'admettent de semblables transactions.

[1] On tombait dans la même erreur à Rome, lorsqu'on punissait plus sévèrement le vol *manifeste* que le vol *non manifeste*. Tout récemment

Nous trouvons également dans notre ancienne jurisprudence deux autres abus qui se rattachaient au même ordre d'idées. Autrefois les juges (voyez Pothier, *Traité de la procédure criminelle*, sect. v, art. 2, §§ 4 et 5) pouvaient rendre des jugements *de plus amplement informé*. Le temps de cette nouvelle information variait d'un mois à un an ; quelquefois même on prononçait un plus amplement informé indéfini, qui mettait l'accusé perpétuellement *in reatu*. Nous n'avons pas besoin de faire sentir tout ce qu'avait d'intolérable ce pouvoir discrétionnaire laissé aux juges. L'autre abus, bien que moins grave, n'était pas moins contraire aux saines notions de droit criminel. C'était la simple mise hors de cour, ou *absolutio ab instantiâ*, sans décharge morale de l'accusation. « On » met les parties hors de cour, dit Pothier, lorsque l'in- » nocence de l'accusé n'est pas bien pleinement justifiée, » et que l'accusation, quoique non prouvée, n'a pas néan- » moins été intentée sans quelque fondement. » Ainsi on pouvait, lors même qu'il était impossible de condamner l'accusé, lui infliger une flétrissure morale! Rien de pareil heureusement ne se retrouve dans nos Codes modernes. Toutefois le principe que la même personne ne peut être reprise pour le même fait, ne s'applique qu'au cas où il y a eu acquittement ou absolution. Un arrêt de non-lieu rendu par la chambre des mises en accusations n'empêche pas de reprendre le prévenu, s'il survient de nouvelles charges (art. 246 du Code d'inst. crim.). Un système contraire serait trop défavorable à l'accusation, qui, par cela seul qu'elle aurait suivi quelque temps une fausse voie, se trouverait à tout jamais

encore (*Gazette des tribunaux* du 3 juillet 1842), le tribunal suprême de Berne a condamné un homme accusé d'empoisonnement à six années de détention dans une maison de correction, comme étant *véhémentement suspect*. La décision est du 28 mai 1842.

paralysée. C'est seulement quand l'instruction a suivi toutes ses phases, que l'accusé a droit à une décision définitive, qui ne laisse plus planer aucune équivoque sur sa position.

42. Nous ferons observer, pour terminer sur ce point, qu'il y a une nuance bien marquée entre le civil et le criminel, en ce qui touche le défaut de preuve suffisante. Au criminel, il suffit pour l'acquittement que le juge ou le juré n'ait pas une entière conviction de la culpabilité de l'accusé. Rien ne peut suppléer à cette conviction, si elle n'est pas parfaite. Au civil au contraire, là où les intérêts qui sont en jeu sont purement pécuniaires, la maxime *actore non probante, reus absolvitur*, ne s'applique pas avec la même rigueur. Elle ne s'entend pas du cas où la preuve faite par le demandeur, sans être complète, présente une certaine gravité. On est autorisé alors à compléter la preuve à l'aide du serment supplétoire, dont l'emploi, déjà fort contestable en matière civile, serait plus dangereux encore en matière pénale, où il n'est pas admis par nos lois [1].

III. Que peut-on prouver?

43. Les tribunaux ne doivent pas ordonner sans discernement la preuve de tous les faits qu'un plaideur se fait fort d'établir. Les faits proposés doivent être préalablement examinés sous un double point de vue : relativement à la cause en litige; puis en eux-mêmes.

[1] On pourrait dire, il est vrai, que, tous les moyens étant bons en matière criminelle pour découvrir la vérité, il n'est pas impossible que, dans telle circonstance donnée, la prestation de serment de la partie civile ne soit de nature à donner plus de confiance en sa déclaration. Mais alors le serment devrait être exigé dans tous les cas, comme garantie de la sincérité de cette déclaration; il ne devrait pas être déféré après coup, lorsqu'on a reconnu l'insuffisance des autres preuves.

44. Considérés dans leur rapport avec la cause, les faits allégués doivent être *concluants*.

Cette condition d'admissibilité, indiquée par la loi à propos des enquêtes (Cod. de pr., art. 254), doit évidemment être généralisée. Car, si le fait allégué n'est pas de nature, même en le supposant vrai, à faire triompher la partie qui l'allègue, il serait superflu d'en ordonner la vérification : *frustra probatur quod probatum non relevat.*

On dit ordinairement que les faits doivent être à la fois *pertinents* et *concluants*. Mais la première de ces conditions rentre évidemment dans la seconde. Il est clair qu'on doit repousser comme non concluantes les allégations étrangères au litige ; seulement, lorsqu'il ne s'agira que de pertinence, il sera généralement facile de décider. On devra, au contraire, procéder avec beaucoup de réserve, lorsqu'il s'agira d'apprécier la gravité de faits, d'ailleurs pertinents. Avant d'en rejeter la preuve, il faudra examiner avec soin à quels résultats elle peut conduire, en considérant ces faits, non pas isolément, mais dans leur ensemble ; car il y a telles circonstances qui, insignifiantes, si on les prend à part, peuvent, par leur concours, entraîner la conviction, de même que le feu naît du contact de diverses substances qui, prises séparément, ne seraient pas susceptibles de produire ce phénomène.

45. Supposons maintenant les faits concluants, il restera à savoir s'ils ne devront pas encore être rejetés d'emblée, soit parce qu'ils seraient impossibles en eux-mêmes, soit parce que la loi n'en admettrait pas la preuve.

46. L'impossibilité mathématique ne peut donner lieu à aucune difficulté. Quant à l'impossibilité physique, qui n'est qu'une extrême improbabilité, nous avons déjà reconnu que les faits qui présentent ce caractère, doivent

être écartés dès l'abord, un plaideur ne pouvant soutenir sérieusement qu'un miracle vient d'être opéré en sa faveur; mais il ne faut pas confondre avec les faits physiquement impossibles, ceux qui, sans contrarier les lois de la nature, seraient seulement déviatifs de sa marche ordinaire.

Ainsi il y a des exemples bien constatés (voyez Bentham, *Preuves judic.*, t. II, liv. VIII, ch. VII) de faits que le vulgaire regarde comme impossibles. La prolongation de l'existence, pendant un temps assez long, dans l'abstinence de tout aliment; la conception de femmes d'un âge avancé, etc., sont des événements qui paraissent miraculeux, mais qui ne sont que déviatifs. On devra être très-circonspect, quand il s'agira d'admettre la preuve de pareils faits; mais il n'est pas permis de les rejeter sans examen. Autant il est raisonnable de ne pas admettre dans la pratique ordinaire de la vie l'existence de faits miraculeux, autant il est sage aussi de ne pas déclarer de prime abord impossible un fait, par cela seul qu'il semble extraordinaire, lorsqu'il n'a rien de physiquement impossible.

47. Enfin les faits peuvent être concluants et très-vraisemblables en eux-mêmes, mais d'une nature telle que la loi n'en permette pas la preuve. Nous n'entendons pas parler ici de ceux qui seraient contraires à une présomption légale, comme si l'on voulait faire cesser l'effet de l'interdiction, en établissant que l'interdit était sain d'esprit, lorsqu'il a fait tel ou tel acte. Ces développements, qui anticiperaient sur la matière des présomptions, ne rentrent pas d'ailleurs dans notre sujet actuel. Il ne s'agit point maintenant des empêchements extrinsèques qui peuvent s'opposer à l'administration de la preuve; mais de la nature même des faits à prouver. Or il est certains faits dont la loi ne peut souffrir la consta-

tation officielle, quelque vrais qu'ils soient d'ailleurs.

En matière civile, notre Code repousse souvent la preuve de faits fâcheux pour la morale. C'est ainsi qu'il défend la recherche de la filiation incestueuse ou adultérine, et même de la paternité naturelle dans presque tous les cas. On ne peut s'empêcher de reconnaître que le législateur a fait là un bien grave sacrifice à la crainte des procès scandaleux. D'un côté, il prive de toute ressource les enfants issus de pareilles unions, qui ne peuvent rechercher leurs parents; d'un autre côté, il ouvre la voie aux libéralités volontaires les plus exagérées en leur faveur, puisqu'en ne les reconnaissant pas, on élude toutes les prohibitions. Il semble qu'il se préoccupe plus des apparences, que des règles de fond qu'il a établies dans l'intérêt de la société. Ce système si contestable est tout moderne. On n'en trouverait guère de traces dans le droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence.

En matière criminelle, on voit quelquefois le même esprit se reproduire. C'est ainsi que l'inceste demeure impuni, et que l'adultère ne peut être prouvé que par le flagrant délit ou par la correspondance des parties (Cod. pén., art. 338). Mais il est d'autres dispositions de nos lois pénales, où la tendance à réprimer le scandale ne peut être que hautement approuvée. C'est lorsque la révélation des faits scandaleux ne serait d'aucune utilité pour la société. Ainsi la loi du 26 mai 1819, art. 20, ne permet pas à celui qui est accusé de diffamation de prouver la vérité des faits injurieux par lui allégués contre un particulier. Une médisance, qui ne peut être que l'œuvre de la malignité, est presque aussi condamnable que la calomnie. Il en est autrement (même article), quand il s'agit de faits imputés à des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. La révélation de pareils faits, s'ils sont vrais, ne peut qu'être encouragée. Il est donc

permis de prouver la vérité des imputations qui s'adressent à des fonctionnaires. Toutefois, même lorsqu'il s'agit de particuliers, il n'est pas possible d'admettre que la prohibition de la loi de 1819 s'étende jusqu'aux faits destinés à la publicité, qu'il y ait, par exemple, diffamation à appeler voleur celui qui vient d'être condamné pour vol. Seulement l'article 370 du Code pénal, aujourd'hui abrogé par la loi de 1819, allait trop loin, en admettant comme preuve légale du fait imputé celle qui résulte de tout acte authentique. Sous l'empire de cet article, vous pouviez impunément publier partout qu'une jeune fille était mère d'un enfant naturel, si vous pouviez produire un acte de reconnaissance secret émané d'elle, mais en bonne forme; comme si l'authenticité de l'acte diminuait en rien le dommage causé à la jeune fille par la divulgation maligne d'une faute ignorée. La loi de 1819 a fait cesser cet abus. Mais il faut distinguer entre les actes authentiques destinés à demeurer secrets, et les actes authentiques destinés à la publicité (voy. Cod. pén., art. 367, *in fin.*). Pour ces derniers, malgré le silence de la loi de 1819, il faut bien reconnaître que ce sont des preuves légales, dont la reproduction, loin d'être dangereuse, ne peut qu'être favorable à l'intérêt public.

PREMIÈRE PARTIE.

EXPÉRIENCE PERSONNELLE.

48. Les cas où le juge prend connaissance par lui-même des faits à vérifier, doivent être assez limités. Presque toujours les événements, sur lesquels roule le litige, se seront passés en dehors de l'enceinte où il siége, et dès lors il ne pourra prononcer que sur la foi d'autrui, ou en se guidant par des présomptions. Il est vrai qu'il peut très-bien avoir été témoin comme homme des événements qu'il est appelé à apprécier comme juge. Mais alors peut-il se décider d'après ses connaissances personnelles, en dehors de ce qui lui est révélé par l'instruction? On serait tenté, au premier coup d'œil, d'adopter l'affirmative. La vérité est une, dira-t-on; pourvu que nous ayons l'intime conviction de l'avoir saisie, peu importe par quels moyens cette conviction nous est parvenue. Mais le juge peut-il contrôler son propre témoignage? Peut il se détacher de lui-même, pour sonder les motifs d'intérêt, d'affection, de préoccupation, qui auraient influencé, même à son insu, son opinion sur tel ou tel fait? Les plus graves autorités reconnaissent que, même dans le for intérieur, le juge est tenu de rendre sa décision, non d'après ce qu'il sait comme homme, mais d'après ce qu'il a appris comme juge. *Cùm judicium ad judices spectet*, dit Thomas d'Aquin (sec. sec. part., quest. 67, art. 2), *non secundum privatam, sed secundum publicam potestatem oportet eos judicare, nec secundum veritatem, quam ipsi ut personæ privatæ noverunt,*

sed secundum quod ipsis ut personis publicis, per leges, per testes, per instrumenta et per allegata et probata, res innotuit. La cour de Riom a appliqué cette doctrine le 3 novembre 1809 au genre de causes qui semble laisser au tribunal le pouvoir discrétionnaire le plus absolu, aux matières commerciales.

Mais faire ainsi abstraction de ses propres souvenirs est une tâche bien rude pour la faiblesse humaine. Les faits que nous croirons examiner avec la plus scrupuleuse impartialité ne nous apparaîtront plus qu'à travers le prisme d'une première impression favorable ou défavorable. Le meilleur parti à prendre en pareil cas pour un juge ou pour un juré, c'est de se récuser. Cette voie est tracée du reste par l'article 257 du Code d'instruction criminelle, qui défend au juge d'instruction et aux conseillers qui ont voté sur la mise en accusation, de siéger à la cour d'assises. C'est ainsi encore que l'article 392 du même code ne permet pas à celui qui a été officier de police judiciaire, témoin, expert, ou partie, de remplir les fonctions de juré, à peine de nullité. La loi veut un esprit vierge de toute impression puisée en dehors des débats[1]. C'est donc un devoir impérieux que celui de s'abstenir en pareille circonstance. Que s'il était trop tard pour le faire, la lettre de la loi ne prononçant aucune nullité, il faudrait bien juger; mais alors, en matière criminelle du moins, cette position exceptionnelle devrait tourner au profit de la partie qui est poursuivie. Si le juré, d'après ses connaissances extra-judiciaires, croit l'accusé coupable, il ne le déclarera pas tel, si la preuve

[1] La pratique anglaise a été longtemps dans un tout autre sens. On désirait au contraire que les jurés eussent des connaissances spéciales sur les faits en litige. Aussi les prenait-on dans le voisinage, *de vicineto*. Cette pratique n'a été abolie que du temps de la reine Anne, en matière civile, et que de nos jours, en matière criminelle. Cette ancienne organisation, qui rapprochait les jurés des témoins, explique pourquoi le jury anglais est moins indépendant que le nôtre.

des faits ne résulte pas des débats ; si, au contraire, d'après ces mêmes connaissances, il l'estime innocent, l'*intime conviction* qu'exige l'article 342 du Code d'instruction criminelle ne pourra se former dans sa conscience, et il devra voter pour l'acquittement [1]. Dans les causes civiles, où les intérêts des deux parties sont également sacrés, on ne pourrait sans injustice suivre cette marche trop défavorable au défendeur ; le juge devrait s'efforcer de ne tenir compte que des renseignements produits à l'audience. Le plus sûr, nous le répétons, est de prévenir ces graves embarras, en obéissant à l'esprit de la loi, c'est-à-dire en se récusant dès le principe.

49. En voilà assez sur la connaissance personnelle des faits que le juge aurait pu acquérir en dehors de ses fonctions. Entrons maintenant dans l'examen des principales circonstances où il perçoit les faits lui-même, mais comme juge. Nous allons analyser successivement les trois hypothèses que nous avons signalées dans l'introduction (n° 18) : la descente sur les lieux, la reconnaissance de l'identité des condamnés, et les délits commis à l'audience.

[1] Ce que nous disons du juré n'est pas toujours applicable au juge correctionnel, qui est souvent lié par des règles spéciales. Ainsi deux arrêts de cassation (du 21 mars 1833 et du 9 août 1838) ont jugé avec raison que, lorsqu'une convention est constatée par un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve contraire, les juges ne pouvaient relaxer les prévenus sur le seul motif de la connaissance personnelle qu'ils auraient des faits.

PREMIÈRE SECTION.

DESCENTE SUR LES LIEUX.

50. Ce n'est qu'en matière civile que la loi a prévu et réglé les descentes sur les lieux; nous verrons toutefois qu'elles sont également admissibles au criminel.

1° En matière civile.

51. Au civil, il s'agit quelquefois d'apprécier un état de choses actuellement existant, par exemple, la mitoyenneté de tel mur, ou la position de telle borne. Quel est le meilleur moyen, en pareil cas, de s'assurer de la vérité? C'est de se transporter en personne sur le terrain litigieux, afin de voir par soi-même, de se mettre en contact avec la réalité.

Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus.....

(HORACE.)

52. Dans les justices de paix, le juge même qui doit prononcer se transporte sur les lieux, et peut y rendre sa sentence sans désemparer (Cod. de proc., art. 42). Devant les tribunaux d'arrondissement, on ne peut suivre cette marche, à raison des embarras et des frais qu'entrainerait le déplacement du tribunal en masse; il devient indispensable de déléguer un juge-commissaire (*Ibid.*, art. 295). Toutefois il y a des exemples, dans l'ancien et dans le nouveau droit, de visites faites sans frais par

un tribunal tout entier, chaque membre désirant prendre personnellement connaissance des faits. Le zèle dont les juges ont fait preuve en de semblables occasions est louable sans doute, mais à une condition, c'est que le jour de la visite soit indiqué à l'avance, et les parties mises en demeure de présenter leurs observations. S'il en était autrement, les intentions généreuses des juges pourraient devenir un piége pour tel plaideur, qui n'aurait pas été appelé à fournir des renseignements, en l'absence desquels les faits apparaîtraient sous un faux jour. La Cour de cassation a donc bien jugé le 16 janvier 1839, quand elle a prononcé par arrêt de cassation la nullité d'une descente opérée par un tribunal sans que les parties eussent été régulièrement averties.

53. Boncenne se demande, en traitant la matière de la descente sur les lieux, si cette mesure peut, comme tout autre acte de procédure à faire dans un endroit éloigné, être l'objet d'une commission rogatoire adressée à un tribunal autre que le tribunal saisi. Il répond négativement, en se fondant, soit sur le silence de l'art. 1035 du Code de procédure, qui semble omettre à dessein la descente sur les lieux, soit sur le texte de l'art. 296 du même Code, qui prescrit de commettre un des juges qui ont assisté au jugement. Mais quant à cette dernière disposition, elle peut avoir simplement pour but d'exclure les autres membres du tribunal, sans que le législateur ait eu en vue l'hypothèse assez rare d'une commission rogatoire. Et pour l'art. 1035, il ne peut pas même fournir un argument *à contrario* tant soit peu plausible, car il finit par mentionner *une opération quelconque à faire en vertu d'un jugement.* Il faudrait au contraire un texte formel pour astreindre les parties aux frais énormes qu'entraînerait le transport du juge dans une localité éloignée.

On invoque encore, il est vrai, une considération, c'est

la crainte que l'affaire ne s'ébruite, et que l'on ne vienne à altérer, avant la visite, l'état des lieux. Mais cet argument prouverait trop, car il tendrait à supprimer la publicité du jugement interlocutoire qui ordonne la visite. Le danger, fort exagéré par l'auteur, que l'une des parties ne prenne les devants, est, dans tous les cas, un inconvénient forcé du système de publicité. Enfin ce qui nous paraît décisif, c'est que le juge, chez nous, perd tout caractère légal au delà de son ressort[1], et qu'une dérogation aussi grave aux règles de la compétence ne saurait résulter d'inductions plus ou moins hasardées.

54. La voie de la descente sur les lieux est avantageuse toutes les fois qu'il s'agit de faits apparents, qui n'exigent pas de connaissances spéciales. C'est ainsi que l'article 38 du Code de procédure l'autorise expressément dans les actions possessoires, telles que celles pour déplacement de bornes, usurpation de terre, haies, fossés, etc. Mais lorsque les éléments matériels ne sont que des données que l'on ne saurait mettre en œuvre sans posséder certaines lumières, comme dans la rescision de la vente d'un immeuble pour cause de lésion, la voie de l'expertise est préférable, et c'est aussi celle indiquée par la loi dans l'espèce (Cod. civ., art. 1678). Or nous lisons dans l'article 295 du Code de procédure : « Le tribunal pourra,
» dans le cas où il le croira nécessaire, ordonner que l'un
» des juges se transportera sur les lieux ; mais il ne pourra
» l'ordonner dans les matières où il n'échoit qu'un simple
» rapport d'experts, s'il n'en est requis par l'une ou par
» l'autre des parties. » Cet article n'ajoute pas, comme le faisait l'ordonnance de 1667, tit. 21, art. 1er : *à peine*

[1] On demandait autrefois un *pareatis* au tribunal du lieu; il faut encore aujourd'hui, quand on veut faire un acte d'instruction à l'étranger, s'adresser au ministre de la justice de la nation chez laquelle l'opération doit s'effectuer (Voir les détails donnés sur ce point par M. Fœlix, *Rev. étr. et franç. de législat.*, numéro de février 1842, p. 97).



de nullité et de tous dépens, dommages et intérêts. La seconde de ces sanctions, vivement critiquée par le président de Lamoignon, comme offensante pour les juges, était peut-être nécessaire dans un temps où les visites produisant des vacations fort avantageuses, une déplorable cupidité tendait à les multiplier sans motif. Il n'y a plus à réprimer de pareils abus, aujourd'hui qu'elles ne donnent lieu [1] qu'à un simple remboursement de frais, dont le greffier tient note dans la pratique [2]. La seule sanction que l'on pourrait croire maintenue, c'est celle de la nullité. Mais, lorsque la descente a eu lieu avec l'accomplissement des formalités voulues par la loi, même sans la réquisition des parties, là où un rapport d'experts eût pu suffire, on ne voit pas pourquoi il serait interdit au tribunal de tenir compte de cette opération, si elle est de nature à l'éclairer, en n'en faisant pas supporter les frais au plaideur qui succombe. La nullité n'est pas prononcée par l'article 295, et cette nullité serait sans but, puisque les parties, qui ont pu concourir à l'opération, n'ont souffert aucun grief. Cette solution est du reste incontestable en ce qui touche le juge de paix, à l'égard duquel il ne s'agit évidemment que d'une question de tarif (Tarif civil, article 8, *nota*). La visite ne doit, suivant nous, être annulée que si elle a eu lieu, ainsi que nous l'avons déjà supposé

[1] Sauf en justice de paix, où le tarif accorde des vacations (art. 8). Cette dérogation au principe de la suppression des épices peut se tolérer, à raison du caractère mixte de ce fonctionnaire, habitué à percevoir des émoluments pour ses actes extrà-judiciaires. D'ailleurs, quelque utile que soit la visite, il n'est rien alloué, s'il n'y a eu, de la part de l'une des parties, une réquisition, qui doit être mentionnée (même article, *nota*).

[2] A Genève, les frais de visite sont payés par le trésor (L. du 29 septembre 1819, art. 230), ce qui a peu d'inconvénients, vu la rareté des procès. D'ailleurs les descentes sur les lieux sont vues avec beaucoup de faveur dans ce pays, où elles sont une sorte d'institution nationale. Il y avait en effet autrefois à Genève un *tribunal des visites*, dont le ministère n'était point facultatif, mais obligatoire, et il paraît qu'on n'avait qu'à se louer du résultat de ses opérations.

plus haut, sans que les parties fussent légalement sommées d'y assister (Cod. de proc., art. 297); mais alors c'est pour un autre motif, c'est que le principe de la libre défense des parties a été violé. La marche tracée par la loi pour cette procédure n'offre du reste aucune particularité qui mérite d'être signalée.

2° En matière criminelle.

55. Le Code d'instruction criminelle n'a pas tracé de règles relativement à la descente sur les lieux, ainsi que l'avait fait le Code de procédure; faut-il en conclure que la descente sur les lieux n'est admissible qu'au civil? Ce serait supposer que le silence de la loi suffit pour faire rejeter un genre de preuve qui n'est pas littéralement prévu. Nous nous attacherons, au contraire, à cette idée raisonnable que, toutes les fois qu'un mode de vérification peut être utile, on doit l'admettre, par cela seul qu'il n'est pas prohibé. C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la pratique, en ce qui touche la visite des lieux. Mais on décide en même temps que, bien qu'aucune forme n'ait été prescrite en matière criminelle, l'existence d'un jugement préalable, qui appelle les parties à assister à l'opération, doit être considérée comme substantielle. C'est ainsi qu'un arrêt de cassation du 25 septembre 1828 a annulé une condamnation prononcée à la suite d'une visite des lieux faite par le jury officieusement, sans qu'il fût accompagné de l'accusé. Si jamais une partie a droit à présenter ses dires et observations dans toutes les phases de la procédure, c'est lorsqu'elle est soumise à des poursuites criminelles. Le principe n'est pas particulier, du reste, aux cours d'assises; la jurisprudence l'a appliqué avec raison même aux matières de simple police (arr. de cassation du 10 juin 1830).

Mais il faut observer que l'inspection des lieux sera rarement au criminel ce qu'elle est souvent au civil, un moyen complet de résoudre la question. Cela ne peut guère arriver que pour certaines contraventions, dont l'état des lieux manifeste clairement l'existence, par exemple, le défaut de balayage, ou l'encombrement de la voie publique par le dépôt de matériaux (Code pén., art. 471). Habituellement on ne pourra y puiser que des indices de nature à mettre sur la trace de la vérité, ou du moins des renseignements de nature à éclairer l'exposition des faits [1]. Dès lors la descente perd beaucoup de son importance, puisqu'elle n'est plus qu'une preuve au second degré, une preuve de preuve. Aussi se contente-t-on presque toujours dans la pratique de faire dresser un plan des lieux.

56. Un point qui se rattache intimement à la descente sur les lieux, c'est la constatation du *corps du délit* [2], constatation qui exige d'ordinaire qu'on se transporte dans l'endroit où il a été commis.

Dans toute instruction criminelle, il importe d'établir l'existence même du délit qui sert de base à la poursuite. Quand cette preuve peut résulter de la vérification d'un fait matériel, par exemple des traces de mort violente qu'on découvre sur un cadavre, on dit qu'il y a un corps de délit. La vérification préalable de cet élément est d'une haute importance. Il ne faut pas croire cependant, ainsi que quelques-uns l'imaginent, que, sans un corps de

[1] Cette observation s'applique, par exemple, à la descente qui a été effectuée, le 26 novembre 1842, par le tribunal correctionnel de la Seine, sur le chemin de fer de Versailles (rive gauche), pour éclaircir les causes de la catastrophe du 8 mai. Les données qu'ont pu puiser les juges dans l'inspection des lieux et dans les expériences auxquelles ils ont assisté, étaient forcément toutes conjecturales.

[2] Il est bien entendu que nous prenons ici le mot *délit* dans le sens général d'infraction à la loi pénale, et non pas dans le sens particulier d'infraction passible de peines correctionnelles.

délit dûment constaté, il ne puisse y avoir de délit aux yeux de la loi. On doit d'abord distinguer, avec les anciens interprètes, ceux qui laissent des traces, *delicta facti permanentis*, comme l'assassinat, et ceux qui ne sont pas de nature à en laisser, *delicta facti transeuntis*, comme les injures verbales. Pour ces derniers, il est évident que la recherche préalable d'un corps du délit serait une entreprise chimérique; et même pour les premiers, s'il est vrai qu'on doit s'appliquer avec le plus grand soin à en rechercher les traces, il est impossible d'admettre que l'absence de vestiges matériels puisse assurer l'impunité à un accusé dont la culpabilité serait établie par des témoignages directs. Il suffirait alors à un assassin d'anéantir le corps de sa victime pour échapper à toute pénalité [1]. Certainement il faut qu'il y ait eu un délit commis; mais l'existence de ce délit peut bien être justifiée d'une manière indirecte, puisque la culpabilité elle-même est susceptible d'être prouvée de cette manière.

57. Quoi qu'il en soit, il importe de saisir, quand on le peut, les traces du délit, avant qu'elles soient effacées. Cet intérêt existe au plus haut degré quand il s'agit d'un crime qui vient de se commettre. Aussi le Code d'instruction criminelle veut-il (art. 32) qu'au cas de flagrant délit, quand le fait est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante [2], le procureur du roi, ou du moins un officier de police auxiliaire, se transporte immédiatement

[1] Ce préjugé de la nécessité d'un *corps de délit* exerce encore son influence sur des esprits distingués. N'avons-nous pas vu, en 1840, dans l'affaire Lafarge, les débats s'établir de manière à renfermer la question dans l'analyse scientifique des restes de la victime? Et cependant le ministère public devait-il faire dépendre le succès de l'accusation de l'existence de certains signes, presque imperceptibles? Et la défense, de son côté, devait-elle s'attacher presque exclusivement à ce côté de la cause, comme si elle n'avait plus eu qu'à s'avouer vaincue, parce qu'on aurait constaté un empoisonnement en général?

[2] Tels sont du moins les termes de l'art. 32 du Code d'instruction.

sur les lieux pour y faire les premiers actes d'instruction. S'il y a flagrant délit, bien qu'il ne s'agisse pas d'un crime, le juge d'instruction peut agir, sans attendre le procureur du roi. Enfin, dans les cas ordinaires, le juge d'instruction ne doit se transporter sur les lieux qu'accompagné du procureur du roi, qui fait les réquisitions au nom de la loi, tandis que le juge dresse les actes d'instruction proprement dits (*Ib.*, art. 59-62). Hors le cas de crime et de flagrant délit, la visite immédiate des lieux n'est pas exigée, mais il convient toujours de la différer le moins qu'il est possible.

Dans tous les cas, on constate l'état du *corps du délit*, c'est-à-dire de l'objet sur lequel le délit a porté, et en général l'état des lieux (*Ib.* art. 32). On se saisit de tout ce qui paraît avoir servi ou avoir été destiné à commettre le délit, de tout ce qui paraît en avoir été le produit, enfin de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité (*Ib.*, art. 35). De plus la loi prescrit des précautions propres à garantir l'identité des objets saisis : ils doivent être clos et cachetés, ou du moins déposés dans un vase ou dans un sac, sur lequel le magistrat instructeur met une bande de papier scellée de son sceau (*Ib.*, art. 38).

Mais il y a une telle urgence à constater de suite, en pareille occasion, les délits proprement dits comme les crimes, que la Cour de cassation (arr. de cassat. du 30 mai 1823, et de rejet, du 1er sept. 1831) n'hésite pas à étendre aux matières correctionnelles les attributions du procureur du roi, en cas de flagrant délit.

DEUXIÈME SECTION.

RECONNAISSANCE DE L'IDENTITÉ DES CONDAMNÉS.

58. Cette procédure ne reçoit d'application qu'au criminel. Ce n'est pas qu'au civil on ne débatte souvent des questions d'identité; par exemple, lorsqu'un enfant dit être identiquement le même que celui dont telle femme est accouchée (Cod. civ., art. 341). Mais, dans cette hypothèse, comme dans toute autre semblable, il ne s'agit pas pour le juge de vérifier directement par lui-même l'identité en question; il est obligé de s'en rapporter à la foi d'autrui pour arriver à un rapprochement, dont il n'a personnellement aucune connaissance. Il en est ainsi même en matière criminelle, quand l'accusé nie son identité avec celui qui a commis le délit; cette identité n'est rien moins qu'évidente pour le juge; il faut le secours du témoignage pour arriver à la saisir. Il en est autrement dans la reconnaissance de l'identité des condamnés. Il s'agit alors de reconnaître, non pas si la personne poursuivie a fait tel ou tel acte en dehors du tribunal; mais si c'est elle qui a déjà subi devant le même tribunal une condamnation à laquelle elle aurait tenté de se soustraire. C'est l'expérience personnelle du juge qui est en jeu.

59. La reconnaissance d'identité reçoit deux applications, aux termes du Code d'instruction criminelle (article 518) : la première, quand celui qui est condamné à une peine quelconque s'évade et est repris; la seconde, quand un condamné à la déportation ou au bannissement enfreint son ban. Dans ce dernier cas, il y a lieu à une aggravation de peine (Cod. pén., art. 17 et 33). La recon-

naissance est faite par le tribunal qui a prononcé la condamnation. Le Code d'instruction criminelle ne parle que d'une *cour,* mais la loi du 22 frimaire an 8 est générale, et l'orateur du gouvernement a déclaré qu'on n'avait voulu que la reproduire dans la rédaction du Code. Ce qu'il y a de remarquable, en ce qui touche la cour d'assises, c'est qu'elle procède sans l'assistance de jurés (Cod. d'inst. crim., art. 519). Le jury n'ayant qu'une mission temporaire, il n'était guère possible de le faire revivre, afin de reconstituer en entier la cour d'assises; d'ailleurs les magistrats peuvent apprécier aussi bien que les jurés ce qui s'est passé sous leurs yeux. En tout cas, l'audience est publique; on fait entendre de part et d'autre des témoins (et notamment, au grand criminel, les jurés de la première affaire); on peut même plaider : car certaines questions d'identité, à raison de ressemblances frappantes, peuvent être fort délicates. Toutefois, la question posée n'ayant jamais rien de bien compliqué, on décide avec raison (arrêt de rejet du 21 août 1818) que le ministère public peut saisir directement la cour d'assises d'une affaire de reconnaissance, sans qu'il soit même besoin de dresser un acte d'accusation.

60. Mais il est difficile d'admettre la doctrine d'un arrêt de cassation du 6 février 1824, qui veut que la cour d'assises, sans assistance de jurés, soit seule compétente pour procéder à la reconnaissance de celui qui, arrêté en vertu d'une condamnation par contumace, nie être l'individu condamné. Cette question d'identité n'a plus rien de spécial, puisque la cour, n'ayant jamais vu celui qu'elle a condamné par contumace, ne possède aucune lumière particulière pour la vérification de l'identité. Vouloir assimiler ce cas à celui de la reconnaissance d'un condamné qui l'a été contradictoirement, c'est confondre deux hypothèses entièrement dissemblables. Dès que la question

d'identité repose sur des éléments placés en dehors de l'appréciation personnelle du juge, il n'y a plus de motif pour s'écarter de la marche ordinaire (voir, en ce sens, un arrêt de la cour royale de Paris du 10 mai 1826).

61. On doit composer le tribunal ou la cour des mêmes juges qui ont prononcé la condamnation; autrement la loi manquerait son but. Mais il est possible que tel membre qui siégeait dans la première affaire, soit dans l'impossibilité de siéger aujourd'hui. Alors on pourra le remplacer, et, comme il consultera les souvenirs des membres qui ont déjà vu le condamné, il sera toujours vrai de dire que la cour prise en masse fait une reconnaissance d'identité. Mais la question prend un caractère plus grave, s'il n'est possible de faire siéger aucun des magistrats qui ont participé au premier arrêt. Alors la lettre et l'esprit de la loi semblent manquer tout à la fois. Il n'existe plus aucun élément de *la cour qui a prononcé la condamnation* (Inst. crim., art. 518), et il n'y aucune raison pour investir au criminel de la connaissance du fait, des magistrats qui n'ont pas été à même de le percevoir personnellement. On serait donc tenté d'en revenir à la composition habituelle de la cour d'assises, et de rétablir le jury dans ses fonctions. Mais le législateur paraît avoir voulu exclure complétement le jury de la connaissance de questions de cette nature, où il ne s'agit pas d'un délit, mais d'un fait matériel (voir l'exposé des motifs et le rapport au corps législatif sur cet art. 518). Nous croyons dès lors qu'ici encore la cour seule est compétente, et que par *la cour qui a prononcé la condamnation*, il faut entendre l'être moral cour, et non les mêmes juges.

62. Il est évident que les deux questions que nous venons de soulever ne sont applicables qu'au grand criminel; car il n'y a pas deux manières d'organiser un tribunal de police correctionnelle, ou bien de simple police.

TROISIÈME SECTION.

DÉLITS COMMIS A L'AUDIENCE.

63. En investissant le juge en présence duquel a été commis le délit, du pouvoir de condamner, la loi ne fait pas appel à des souvenirs plus ou moins effacés, mais à l'impression toute récente du fait qui vient de se passer à l'audience. Souvent le juge en aura été témoin lui-même; et en tout cas les assistants, qui viennent le constater *de visu*, sont éminemment dignes de confiance; aussi la chance d'erreur, quant à la culpabilité, est-elle ici extrêmement faible. Le droit de réprimer de pareilles infractions n'appartient par sa nature qu'à la juridiction pénale. Mais la dignité du tribunal, aussi bien que l'intérêt d'une prompte justice, ont fait accorder ce même droit à des juridictions purement civiles.

64. Il convient de distinguer toutefois, sinon à raison des conséquences pratiques, du moins pour l'exactitude de la théorie, entre le cas où le délit à trait aux fonctions du juge, et le cas où il s'agit d'un délit ordinaire qui s'est passé à l'audience. Dans le premier cas, il y a un intérêt social en jeu, et on est généralement d'accord dans tous les pays pour autoriser le magistrat à statuer immédiatement. *Omnibus magistratibus, secundum jus potestatis suæ, concessum est jurisdictionem suam defendere pœnali judicio* [1] (Ulp., l. 1, ff., *si quis jus dicent non obtemp.*) Mais, lorsque

[1] L'art. 15 de la loi du 25 mars 1822, qui permet aux Chambres de punir elles-mêmes les attaques faites à leur considération, repose sur le même principe; mais ces attaques auront rarement lieu en face même des Chambres.

le délit n'a pas trait aux fonctions du magistrat, la répression immédiate est moins urgente, et toutes les législations n'accordent pas au juge le pouvoir de statuer sans désemparer. Néanmoins le scandale d'une infraction commise à la face de l'autorité chargée de faire respecter les lois, et l'extrême facilité de la preuve, ont déterminé les rédacteurs du Code d'instruction criminelle à ne pas distinguer ce cas du précédent. Tous deux sont confondus sous la rubrique (liv. II, tit. IV, ch. IV) : *des délits contraires au respect dû aux autorités constituées.*

65. Il est d'abord un pouvoir de simple discipline, qui appartient à toute juridiction, même de l'ordre administratif (Code d'inst. crim., art. 504, 509). Quand un tumulte survient dans l'auditoire, le président du tribunal, ou bien le juge seul, a le droit de faire expulser les perturbateurs, et, s'ils résistent, de les faire détenir vingt-quatre heures dans une maison d'arrêt; mais c'est la seule attribution de cette nature qui puisse appartenir à d'autres qu'à des magistrats de l'ordre judiciaire proprement dit. Si une infraction, dont la répression ne rentre plus dans le pouvoir disciplinaire, est commise dans le lieu où une autorité administrative exerce ses fonctions, sa mission se borne à saisir le délinquant, à dresser procès-verbal des faits, et à renvoyer le tout devant le juge compétent (*Ib.*, art. 509).

Mais, si cette infraction a lieu dans l'enceinte où siége un tribunal ou un juge, qu'elle ait eu ou non pour but de troubler l'exercice de la justice, il faut voir si elle est de nature à dégénérer en crime. S'il n'en est pas ainsi (*Ib.*, art. 181, 505), les peines de police, s'il y a lieu, peuvent être prononcées par un juge quelconque sans appel, et les peines correctionnelles peuvent l'être, à charge d'appel, par les juridictions inférieures (et par conséquent, ce qui est remarquable, par un juge de paix ou par un maire); sans appel, par les juridictions supérieures. Si, au con-

traire, il s'agit d'un crime (art. 506), les juridictions inférieures ne peuvent faire que les mêmes actes conservatoires, auxquels se borne dans tous les cas le rôle des autorités administratives.

La faculté d'appliquer une peine afflictive ou infamante n'appartient qu'aux juridictions supérieures, c'est-à-dire à une cour d'assises, à une cour royale, à la cour de cassation (*Ib.*, art. 507), enfin à la cour des Pairs [1]. C'est encore ici, comme en matière de reconnaissance d'identité, une attribution spécialement dévolue aux magistrats. Les cours d'assises l'exercent sans l'assistance de jurés (*Ib. ib.*), et il est inutile d'ajouter qu'il en est de même des autres juridictions du même ordre.

Toutefois, le Code d'instruction criminelle, en donnant au prévenu des juges moins indulgents que le jury, exige du moins pour la condamnation une majorité plus forte que la majorité simple. Il faut, suivant le nombre des membres de la cour, quatre voix sur cinq ou sur six; cinq voix sur sept; sur huit ou un plus grand nombre, les trois quarts des voix, pour opérer condamnation (*Ib.*, art. 508).

Ce mode de calcul, encore en pleine vigueur aujourd'hui pour les autres juridictions supérieures, n'est plus applicable aux cours d'assises, depuis que la loi du 4 mars 1831 y a réduit à trois le nombre des juges. Ce changement d'organisation doit-il aggraver la position du prévenu, et peut-on se contenter de la majorité de deux voix sur trois, comme équivalant à celle de trois sur cinq? Il peut paraître singulier, sans doute, d'exiger l'unanimité; mais c'est une conséquence forcée du principe qu'il faut ici une évidence frappante pour motiver la juridiction exclusive des magistrats. Entre deux partis

[1] Il faut substituer cette cour à la *cour spéciale* dont parlait le Code dans sa rédaction primitive. L'esprit de la loi est d'investir de ce pouvoir toutes les juridictions sans appel.

extrêmes, on choisit toujours, en droit pénal, celui qui est dans l'intérêt des prévenus; et d'ailleurs l'art. 508 du Code d'instruction criminelle ne prescrit-il pas d'appliquer les fractions, s'il y en a, en faveur de l'absolution?

66. Bien que ce Code eût déployé une juste rigueur contre les délits qui viennent troubler l'audience, il n'avait pas prévu que les passions politiques imagineraient un nouveau genre de désordre, et que l'autorité de la justice serait insultée par ceux-là mêmes qui devaient s'efforcer d'en désarmer la sévérité par leur soumission. Le tribunal devait être à l'abri de la violence des accusés, aussi bien que des outrages des tiers; il convenait également d'intimider, par des peines plus fortes qu'un emprisonnement de vingt-quatre heures, les personnes présentes à l'audience qui se rendaient complices de cette violence. C'est pour prévenir de pareils scandales que la loi du 9 septembre 1835 (art. 10-12) autorise les juridictions criminelles ou correctionnelles (ces excès ne sont guère supposables dans les causes civiles ou de simple police) à condamner, audience tenante, à un emprisonnement dont la durée peut s'élever jusqu'à deux ans, tout prévenu ou accusé [1], ou toute personne présente qui causerait du tumulte pour empêcher le cours de la justice. Quant aux prévenus ou accusés, si leur présence devient intolérable, on les fait conduire en prison; mais l'instruction est suivie, et la condamnation, s'il y a lieu, est réputée contradictoire, pourvu que le greffier leur lise le procès-verbal après chaque audience, et leur signifie les pièces les plus importantes (*Ib.*, art. 8-10).

[1] L'art. 11 dit seulement *tout prévenu*. C'est qu'il s'agit, dans cette loi, de citation directe, sans mise en accusation préalable; mais l'art. 12 généralise les dispositions de la loi, et les rend dès lors applicables aux *accusés* proprement dits.

QUATRIÈME SECTION.

COMPLÉMENT DE L'EXPÉRIENCE PERSONNELLE. EXPERTISE.

67. Si l'on ne considérait que les motifs de la confiance que l'on accorde aux experts, c'est-à-dire à des hommes chargés de vérifier des faits sur lesquels ils ont des connaissances spéciales, on devrait rapprocher l'expertise de la preuve par témoins; car toutes deux reposent sur une induction puisée dans les lois de la nature morale, sur la foi du témoignage de nos semblables. Mais, si l'on en vient à l'application judiciaire, si l'on envisage le genre de faits sur lequel porte d'ordinaire ce mode de preuve, on verra qu'il a un tout autre objet que la preuve testimoniale. Celle-ci a pour but de faire revivre pour ainsi dire le passé; l'expertise ne s'attaque habituellement qu'aux faits présents[1], dont elle a pour mission de mettre à nu tous les éléments. Les témoins sont limités par la force des choses et ne peuvent être suppléés; les experts sont choisis après coup pour remplir des fonctions dans lesquelles ils servent d'instrument au juge, instrument qu'il est loisible de remplacer. En effet,

[1] L'expertise n'a pas pour objet des faits présents, dans le cas où, soit pour s'assurer de la vraisemblance d'une accusation, soit pour contrôler un témoignage, on recherche si tel fait est physiquement possible; si, par exemple (affaire du prince de Condé), on a pu se suicider dans telle position. L'expertise est alors hypothétique. Mais, même en ce cas, l'expert ne se fonde que sur ses données scientifiques actuelles, tandis que le témoin recueille ses souvenirs.

comme on ne peut reproduire à volonté les faits sur lesquels on interroge les témoins, il n'y a pas moyen de refaire leur déposition, force est de l'accepter telle qu'elle est, ou de la rejeter, à moins qu'on ne veuille s'abandonner à de pures conjectures. Au contraire, l'expertise n'est qu'un verre qui grossit les objets; et c'est au juge, qui a la faculté de s'en servir, à examiner en toute liberté si les images qu'elle lui présente sont bien nettes. Les experts sont, à vrai dire, des auxiliaires du tribunal; aussi voyons-nous le texte de nos lois rapprocher souvent l'expertise de l'expérience personnelle, tandis que jamais pareille pensée ne s'est offerte à l'esprit quant à la preuve testimoniale. Sans remonter à l'ordonnance de 1667, qui confondait dans un même titre les descentes sur les lieux et les rapports d'experts, nous voyons le juge de paix faire la visite des lieux avec des experts (Cod. de proc., art. 42), et au criminel le procureur du roi (Inst. crim., art. 43) autorisé à se faire accompagner, pour aller rechercher les traces du délit, par une ou deux personnes présumées capables d'en apprécier la nature et les circonstances. C'est donc nous conformer à l'esprit de la loi aussi bien qu'à la nature des choses, que de rattacher, comme nous le faisons, l'expertise à l'expérience personnelle.

68. Ce mode de vérification n'avait pas à Rome toute l'importance qu'il a acquise dans les temps modernes. Les sciences et les arts y étant bien moins avancés, l'usage devait en être bien moins fréquent. Nous en trouvons cependant déjà diverses applications notables. Ainsi, dans les questions de règlement de bornes (l. 8, § 1, ff. *fin. reg.*), le juge doit envoyer sur les lieux des arpenteurs (*mensores*) pour constater les faits. Lorsqu'il s'agit du congé d'un militaire pour raison de santé, Gordien (l. 6, Cod. *de re milit.*) exige à la fois l'examen du juge

et celui des gens de l'art : *medicis denuntiantibus et judice competente diligenter examinante.* Lorsqu'il s'agissait de vérifier la grossesse d'une veuve ou d'une épouse divorcée, nous voyons (Ulp., l. 1, pr. et § 10, ff., *de insp. ventr.*) qu'on la faisait visiter par trois ou par cinq sages-femmes. (On sait que les dames romaines n'étaient assistées dans leurs couches que par des personnes de leur sexe.) Enfin nous apprenons par la Novelle 64, qu'il y avait à Constantinople des jardiniers experts; cette constitution tend à réprimer l'abus qu'ils faisaient de leur ministère, pour favoriser leurs confrères aux dépens du propriétaire du sol, lorsqu'ils étaient chargés, à la fin du bail, d'évaluer les améliorations faites sur le fonds par un jardinier locataire. On voit que les complaisances de l'expertise ne datent pas de nos jours.

Dans notre ancienne jurisprudence française, l'expertise reçut de grands développements. Ainsi notamment l'article 162 de l'ordonnance de Blois, rendue en 1579, voulut que les questions relatives à la valeur des objets fussent décidées par experts, et non plus seulement par témoins. Mais aussi on abusa quelquefois de l'expertise en l'employant dans les matières les plus délicates. La singulière épreuve du *congrès* est une des aberrations les plus remarquables de l'esprit humain, en ce qui touche les preuves judiciaires. Aujourd'hui le principe de l'expertise, sans être poussé ainsi jusqu'à l'extrême, joue encore un grand rôle, tant au civil qu'au criminel.

I. Expertise civile.

69. Toutes les fois qu'il s'agit d'une constatation ou d'une appréciation qui exige des connaissances particulières, l'esprit de la loi demande l'expertise. On ne doit donc pas considérer comme limitatives les dispositions qui l'exigent dans des cas donnés, comme dans la rescision

pour cause de lésion d'une vente d'immeubles (Cod. civ., art. 1678), ou dans le règlement de l'indemnité due au locataire d'une usine pour défaut de jouissance (*Ib.*, art. 1747). La question de viabilité d'un enfant, par exemple, si importante, soit pour le mari qui voudrait le désavouer, soit pour les héritiers de l'enfant appelés à recueillir des droits de son chef, peut-elle se résoudre autrement qu'à l'aide des lumières des gens de l'art? Mais, dans les cas où la loi ordonne l'expertise, faut-il l'entendre dans un sens strictement impératif, de manière à ce qu'un rapport d'experts devienne un préliminaire indispensable, quelle que soit d'ailleurs l'évidence des faits? Boncenne admet l'affirmative, sans distinction, partout où il est question d'expertise dans la loi (voir son *Comment. sur le titre des rapports d'experts*). Cette opinion nous paraît incontestable, lorsque l'expertise est la forme d'une évaluation à laquelle il faut nécessairement procéder, comme dans un partage judiciaire qui comprend des biens appartenant à un mineur (*Ib.*, art. 466). Nous aurions peine au contraire à regarder ce mode de preuve comme indispensable là où l'évaluation n'est nécessaire qu'autant qu'il y a un doute sérieux dans l'esprit du juge. Ainsi, lorsqu'une vente est attaquée pour cause de lésion, le prix peut être tellement vil, qu'ordonner une expertise pour constater la lésion, ce fût compromettre la dignité de la justice par des frais et par des lenteurs frustratoires. Il serait alors, suivant nous, peu raisonnable de ne pas prononcer immédiatement la rescision. Un arrêt de la cour de Limoges du 14 février 1827 s'est prononcé en faveur de cette opinion, déjà admise dans l'ancienne jurisprudence.

Nous rattacherons à la preuve littérale l'espèce d'expertise qui a soulevé les plus vives réclamations dans l'ancien et dans le nouveau droit : la vérification d'écri-

tures. Nous nous proposons ici d'examiner en général la marche de l'expertise et la foi qui peut y être due.

1° Marche de l'expertise.

70. Il y avait autrefois des *experts jurés*, qui avaient seuls le droit de constater les valeurs devant les tribunaux. Cette institution, dont on retrouve encore la trace dans l'article 34 du Code pénal, qui énumère parmi les incapacités résultant de la dégradation civique, celle d'être juré-expert, n'existe plus aujourd'hui, du moins en matière judiciaire[1]. Car on sait que, pour les prisées extrajudiciaires de meubles, il existe dans les localités un peu importantes des *commissaires priseurs*, ayant le droit d'y procéder, en concurrence tout au plus avec certains officiers, tels que les huissiers (v. loi du 27 ventôse an IX, loi du 28 avril 1816, art. 89, et ord. du 26 juin 1816).

Les experts doivent être français; car il s'agit d'une sorte de délégation des fonctions judiciaires, et non d'un simple témoignage. Il y a plus de difficulté sur la question de savoir s'ils doivent avoir la qualité de citoyen[2]. Dans le silence de la loi, dira-t-on, il est difficile d'exiger la capacité politique pour une mission qui ne demande que des connaissances toutes spéciales. Mais, si cette capacité est requise pour des témoins instrumentaires, qui ne font que concourir à l'authenticité de l'acte, peut-il n'en être pas de même des experts, qui sont des officiers publics (Code civ., art. 1317, 1319), puisqu'ils dressent seuls des procès-verbaux, qui font foi, comme nous le

[1] Les experts *assermentés* qu'inscrivent souvent les tribunaux sur une liste dressée à l'avance, ne sont que désignés au choix du juge, sans être investis d'un monopole légal.

[2] Afin qu'il n'y ait pas d'équivoque sur la portée de la question, nous devons avertir que nous considérons comme citoyen tout Français de vingt et un an, qui n'est pas dans un cas d'exception prévu par la constitution de l'an VIII, ou par toute autre loi.

verrons, jusqu'à inscription de faux ? Aussi voyons-nous les articles 34 et 42 du Code pénal placer sur la même ligne l'incapacité d'être expert et celle d'être employé comme témoin dans les actes. Il suit de là qu'on ne saurait, par exemple, confier une expertise à une femme, à un domestique, à un failli non réhabilité. Ici on fait une objection grave, c'est qu'il peut arriver qu'une personne de cette qualité soit précisément plus apte qu'une autre à donner des éclaircissements sur le point en litige. Aussi M. Rauter (*Cours de proc. civ.*, § 218) va-t-il jusqu'à admettre un étranger *necessitatis causâ*. Mais il est un moyen de tout concilier. On a toujours reconnu que les experts pouvaient s'adjoindre des auxiliaires non assermentés, qu'on a nommés *sapiteurs*. La cour de cassation a même admis (Rej., 4 janvier 1820) que les sapiteurs pouvaient être adjoints d'office aux experts par le jugement même de nomination. Le remède est donc trouvé. Supposons qu'il s'agisse, par exemple, de la confection d'un de ces objets de mode, dont l'estimation suppose l'appréciation de ces nuances délicates que l'œil seul d'une femme peut bien discerner, on n'admettra pas sans doute une modiste à dresser un procès-verbal authentique, mais on l'adjoindra aux experts pour les diriger dans leur examen.

71. Le mode de nomination des experts a subi un notable perfectionnement dans le droit moderne. Jadis chaque partie nommait son expert. Il résultait de là deux graves inconvénients : le premier, c'est que chaque expert, ayant en quelque sorte pour client l'un des plaideurs, était porté à se préoccuper plus de la défense de ses droits que de la recherche de la vérité ; le second, c'est qu'il y avait presque toujours lieu à partage, et dès lors à la nomination d'un tiers arbitre, laquelle entraînait une nouvelle vérification et de nouveaux frais. Revenant

à une pratique qui remonte à la loi des Douze Tables (voy. Cic., *de Leg.*, liv. I, ch. 21, et Festus, au mot *Vindiciæ*), les rédacteurs du Code civil, à propos de la rescision des ventes d'immeubles pour cause de lésion, ont organisé un système bien préférable (Code civ., art. 1678-1680). Trois experts nommés par les parties, ou d'office, si elles n'ont pu s'entendre, dressent un seul procès-verbal (chacun rédigeait le sien autrefois), et y énoncent leur avis à la pluralité des voix. S'il y a des avis différents, ils en indiquent les motifs, sans faire connaître de quel avis a été chacun des experts. Boncenne voit dans cette dernière prescription un lambeau de l'ancienne procédure secrète. Cependant il y a une nuance assez marquée entre le témoin simple rapporteur des faits, et l'expert qui, émettant une opinion personnelle, encourt une responsabilité bien autrement grave. Ni les juges ni les jurés ne votent publiquement. La loi a pu sans inconséquence assurer la même garantie aux officiers dont le travail prépare les décisions judiciaires. Les règles tracées au Code civil ont été du reste généralisées par le Code de procédure; elles ont été encore simplifiées en ce sens que les parties majeures peuvent s'accorder pour ne nommer qu'un expert (Code de proc., art. 303). Cette simplification paraît devoir s'appliquer même au cas de rescision pour lésion, puisqu'elle rentre parfaitement dans l'esprit des règles du Code civil, dont elle n'est que le complément.

72. Les experts peuvent être récusés, s'ils ont été nommés d'office; sinon, c'est à la partie qui voudrait se plaindre à s'imputer son propre choix, sauf toutefois le cas où un motif de récusation serait survenu depuis la nomination, mais avant la prestation de serment (*Ib*, art. 308). Après cette prestation, on suppose que la religion du serment fera taire toute considération d'intérêt personnel qui viendrait à se manifester.

Les motifs de récusation pour les experts étaient autrefois les mêmes que pour les juges; aujourd'hui ce sont ceux pour lesquels les témoins peuvent être reprochés (*Ib.*, art. 310). Ce changement élague d'une part un grand nombre de causes qui n'ont pas la même importance pour celui qui donne un avis que pour celui qui juge; d'autre part, il rend communs aux experts certains motifs de rejet contre les témoins, qu'on ne peut guère supposer en ce qui concerne les juges, par exemple l'état d'accusation ou la condamnation à une peine correctionnelle pour vol (Comp., les art. 283 et 378 du Code de proc.)[1]. Du reste une théorie restrictive, quelle qu'elle soit, n'a pas pour les experts, et on peut en dire autant pour les juges, les mêmes inconvénients que pour les témoins. La loi peut sans danger être sévère, lorsqu'il y a possibilité de choisir.

73. Les experts entrent en fonction par la prestation de serment devant un membre du tribunal, juge-commissaire, ou devant un juge de paix délégué (*Ib.*, art. 305). Dès ce moment aussi ils ont droit à un salaire fixé par le tarif (voy. *Tar. civ.*, liv. I, ch. IV, et liv. II, ch. VI). L'expertise elle-même est soumise au contrôle des parties intéressées. Le procès-verbal de prestation de serment indique les lieu, jour et heure de la première opération; il est signifié aux parties qui ne seraient pas présentes (*Ib.*, art. 315). Ultérieurement il n'est plus fait aucune signification; seulement à la fin de chaque séance, les experts indiquent où et quand aura lieu la suivante. Les parties qui ne sont pas venues ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes de leur ignorance des opérations. En tout cas, Boncenne

[1] Le cas où l'expert serait domestique de la partie adverse (Pr., 283) ne peut avoir d'intérêt dans notre opinion, qui exige de l'expert la capacité politique. Dans l'opinion contraire, l'application aux experts des motifs de reproches serait utile pour écarter le domestique de l'adversaire.

fait observer avec raison que le droit qu'ont les parties d'assister à l'expertise ne peut s'entendre des délibérations intimes des arbitres sur l'avis à adopter, mais seulement des opérations extérieures.

La loi de procédure de 1819, à Genève, a rendu simplement facultative la rédaction par écrit du rapport des experts, laquelle est chez nous obligatoire. Cette innovation, basée sur les avantages théoriques que présentent les explications verbales, a eu peu de succès dans la pratique. Boncenne nous atteste que sur 563 expertises ordonnées par le tribunal du canton de Genève, de 1829 à 1835, il y a eu 546 rapports écrits et 17 rapports verbaux seulement. La théorie a souvent ses entraînements; préoccupée de l'utilité qu'offre d'ordinaire la discussion orale, elle avait ici perdu de vue la complication habituelle des questions soumises à l'expertise, complication qui exige une rédaction écrite pour arrêter les idées. Du reste, un tempérament utile, déjà admis par le parlement de Paris (Arrêts du 26 juillet 1737 et du 3 avril 1785), c'est l'audition des experts par le tribunal, lorsque leur rapport présente quelques obscurités. Nous avons déjà fait observer plus haut que nos lois n'admettent plus qu'un rapport unique, à la pluralité des voix, au lieu du choc de rapports contradictoires qui avait lieu anciennement. Il ne nous reste plus qu'à examiner la foi de ce rapport.

2° Foi de l'expertise.

74. Pour apprécier la valeur légale de cette partie de l'instruction, il importe de faire une distinction applicable du reste, comme nous le verrons plus tard, à tout acte authentique. Ou bien les experts certifient qu'ils ont été tel jour à tel endroit, que telle partie assistait à leurs opérations, etc.; et, comme ils ne font alors qu'attester

d'après le témoignage de leur sens des faits positifs, qu'ils ont qualité pour constater, ils sont crus jusqu'à inscription de faux (Arrêt de rejet du 14 janvier 1836); ce sont des officiers publics temporaires. Ou bien, au contraire, ils émettent leur opinion sur le point en litige; et alors, quelle que soit leur bonne foi, on peut douter qu'ils aient découvert la vérité sur des données toujours plus ou moins conjecturales. Toutefois l'ancienne coutume de Paris disait : « A un rapport de jurés dûment fait foi » doit être ajoutée, s'il n'en est demandé l'amendement » des bacheliers ». On appelait *bacheliers* les gens de l'art à ce connaissant, dont on pouvait invoquer l'expérience. Mais si les parties ne demandaient pas l'amendement, le juge était lié par le rapport. De là le vieil adage, mal à propos reproduit par certains auteurs modernes : *Ad quæstionem facti respondent juratores; ad quæstionem juris respondent judices.* C'est en partant de cette idée, encore vraie de nos jours en Allemagne, que M. Mittermaier compare les experts à des jurés (*Preuve en matière criminelle,* part. III, § 26). Mais cette idée n'a plus été admissible chez nous dès l'époque de la réforme de la coutume de Paris, dont la dernière rédaction porte : « Doit être le » rapport apporté en justice, pour, en jugeant, y avoir » tel égard que de raison ». Il faut donc substituer à l'ancienne maxime : *Ad quæstionem facti,* etc., cette autre, beaucoup plus raisonnable : *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam.* « Les juges, dit l'article 323 du » Code de procédure, ne sont point astreints à suivre » l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose. » On doit louer notre ancienne jurisprudence d'avoir su, au moins en cette occasion, dégager la conscience du juge des entraves auxquelles l'assujettissait une pratique minutieusement formaliste.

Néanmoins il existait dans certains ressorts un autre

abus, que le Code de procédure seul a fait cesser, c'était la faculté reconnue aux parties d'exiger une nouvelle expertise. Contestée à Paris, où la coutume s'exprimait en termes équivoques, cette faculté était admise de la manière la plus large dans certaines localités. En Provence, on pouvait en user indéfiniment jusqu'à ce qu'on eût obtenu trois expertises conformes. Malgré les réclamations des cours d'Aix, d'Agen et de Grenoble, le Code de procédure a tari cette source de frais, et maintenu le principe de l'indépendance du juge en matière de preuves. « Si les juges, dit l'article 322, ne trouvent point dans » le rapport des éclaircissements suffisants, ils pourront » ordonner d'office une nouvelle expertise par un ou plu- » sieurs experts qu'ils nommeront également d'office, » et qui pourront demander aux précédents experts les » renseignements qu'ils trouveront convenables. » Les parties ne peuvent donc plus exiger un nouveau rapport, et au contraire il peut être ordonné contre leur gré. Mais faut-il aller jusqu'à soutenir avec Boncenne qu'il est interdit aux parties de conclure à ce qu'il plaise au juge ordonner nouvelle expertise? Il nous semble que ce serait là prononcer une nullité sans but et vraiment dérisoire; car de deux choses l'une : ou le tribunal estimera une nouvelle expertise convenable, et alors elle aura forcément lieu; ou bien il se croira suffisamment éclairé, et alors les conclusions, valables ou non, seront parfaitement inutiles.

75. La cour de cassation, partant du principe que les lois touchant des matières spéciales ne sont pas abrogées par le Code de procédure, décide constamment (voyez notamment les arrêts de cassation du 17 avril 1816, et du 28 mars 1831) que dans les causes d'enregistrement, d'après le système de la loi du 22 frimaire an VII, les juges ne peuvent s'écarter de l'avis des experts, sauf à

ordonner une nouvelle expertise. On conçoit qu'il puisse y avoir quelque danger à ce que des évaluations délicates, qui donnent lieu à tant de fraudes contre le trésor public, soient entièrement à la merci d'un tribunal, trop souvent enclin à appliquer le brocard : *Fiscus post omnes.* Ce qui est plus fâcheux, c'est qu'on ait conservé en cette matière, sans aucune utilité, les vieilles formes de l'expertise (Loi du 22 frimaire an VII, art. 18) : la nomination d'un expert par chaque partie, puis l'adjonction d'un tiers arbitre en cas de partage. Il conviendrait, sous ce dernier point de vue du moins, de mettre en harmonie avec le droit commun la procédure en matière d'enregistrement.

II. Expertise criminelle.

76. Dans les législations où l'expertise lie le juge, on a dû soumettre à des règles précises les rapports faits par experts en matière criminelle. En France, où elle ne peut former qu'un élément de conviction, nous ne la trouvons mentionnée qu'en ce qui touche l'instruction préparatoire.

Nous avons déjà vu qu'aux termes de l'article 43 du Code d'instruction criminelle, le magistrat chargé de faire les premiers actes d'instruction se fait accompagner, au besoin, d'une ou deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du délit. Ainsi, dans les questions de bris de clôture, d'effraction, d'emploi de fausses clefs, etc., on appellera des maçons ou des serruriers, afin de bien caractériser les faits. L'article 44 du même Code veut que, toutes les fois qu'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause est inconnue et suspecte, un ou deux officiers de santé fassent leur rapport sur les

causes de la mort et sur l'état du cadavre. Ici, à la différence des rapports ordonnés en justice, la présence d'un docteur n'est pas nécessaire : c'est qu'on peut ne pas en trouver dans la localité. Mais, toutes les fois que la chose sera praticable, comme elle l'est presque toujours dans les villes, il conviendra d'appeler de préférence un docteur. Les personnes ainsi appelées prêtent serment de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience. Un arrêt de rejet du 16 juillet 1829 a décidé que la formule de ce serment n'était pas sacramentelle, et pouvait être suppléée par des expressions équivalentes. Cette décision raisonnable semblerait devoir s'appliquer à tout serment prêté de bonne foi; malheureusement nous verrons ailleurs la loi, s'armant d'une rigueur exagérée, exiger certains mots à peine de nullité.

77. En ce qui touche les débats, même en matière de grand criminel, nos Codes sont muets sur l'expertise, mais elle ne laisse pas d'y jouer un rôle important. On doit y recourir, soit que l'expertise n'ait pas eu lieu dans l'instruction préparatoire, soit qu'elle soit jugée insuffisante. Bien plus, dans certains cas où l'appréciation du fait n'exige pas de connaissances spéciales, il conviendra, à raison même de la publicité des débats, de prendre cette voie, lorsqu'une vérification directe blesserait la décence. Ainsi l'on ne saurait approuver la conduite d'un président de la cour d'assises de la Seine, qui, en 1826, ordonna à une dame de se découvrir la gorge en pleine audience, afin de constater les traces qu'y avait laissées l'injection d'une eau corrosive.

78. Quand des connaissances médicales sont requises, l'article 27 de la loi du 19 ventôse an XI ne permet de confier les fonctions d'experts auprès des tribunaux, qu'à des médecins ou chirurgiens reçus suivant les formes anciennes, ou à des docteurs reçus suivant celles qui sont

établies par cette même loi. En dehors de cette hypothese, l'expertise n'étant pas réglementée par le Code d'instruction criminelle, n'est qu'un mode employé en vertu du pouvoir discrétionnaire[1] (Inst. crim., art. 268), pour arriver à la découverte de la vérité. Aussi faut-il admettre, comme on l'a jugé pour les interprétes (Rejet, 2 mars 1827), que toute personne peut remplir les fonctions d'expert au criminel, même un étranger, puisque le président de la cour a le droit de faire entendre toute personne (*Ib.*, art. 269). C'est ainsi qu'on a dispensé l'expert ainsi appelé de prêter serment en qualité de témoin (Rejet, 10 avril 1828 et 15 juillet 1829). Néanmoins, bien que le texte, qui défend de prendre l'interprète parmi les jurés ou parmi les juges (*Ib.*, art. 332), ne s'applique pas littéralement aux experts, il semble qu'on ne peut le considérer que comme une application du principe constant qui ne permet pas à une même personne de cumuler deux qualités contradictoires. On a toutefois jugé (Rejet, 26 juin 1828) que le président d'une cour d'assises avait pu dresser lui-même et produire aux débats un plan figuratif des lieux où le crime avait été commis. Mais le pouvoir discrétionnaire doit-il être entendu en ce sens que le président puisse non-seulement ordonner, mais faire lui-même, ce qui est au moins bizarre, les opérations utiles à la manifestation de la vérité ?

Quoi qu'il en soit, on a jugé avec raison que l'audition des experts à l'audience pour expliquer leur rapport, facultative au civil, était nécessaire au criminel, dès

[1] Ce pouvoir, attribué expressément par la loi au président de la cour d'assises, existe-t il dans les juridictions inférieures? Oui, en ce sens qu'on pourra toujours ordonner d'office ce qui peut éclairer le tribunal; mais non en ce sens qu'on puisse s'écarter des formes ordinaires, par exemple de l'obligation de faire prêter serment aux experts (v. arrêt de cassat. du 27 nov. 1828).

qu'elle était requise (Cassat., 12 frim. an XI). On ne peut se refuser à un débat oral sur des points aussi graves, dès que ce débat est provoqué comme nécessaire pour la manifestation de la vérité (Code d'inst. crim., art. 408).

79. Quant à la foi de ce rapport, elle n'est pas plus grande au criminel qu'au civil. Il est toujours permis de s'écarter de l'opinion des experts, et la cour ou le tribunal ont toujours la faculté d'ordonner un nouveau rapport : faculté dont on se rappelle qu'il fut fait une application remarquable dans l'affaire Lafarge. On voit que nos lois, en matière d'expertise criminelle, ont laissé une lacune que doivent combler la doctrine et la jurisprudence.

DEUXIÈME PARTIE.

FOI AU TÉMOIGNAGE. — PREUVES PROPREMENT DITES.

80. Nous avons achevé ce que nous avions à dire sur la preuve directe, qui résulte de l'expérience personnelle, soit quant à cette preuve en elle-même, soit quant à l'expertise, qui en est l'auxiliaire. Les preuves qui ne se rattachent pas ainsi à l'évidence ont cela de commun, qu'elles s'appliquent à des faits qui se sont passés hors de la sphère d'observation du juge. Mais elles se distinguent par la voie que suit le juge pour atteindre ces faits. Nous avons vu qu'on appelle spécialement *preuves* celles dans lesquelles il fait appel au témoignage de l'homme; et *présomptions* celles dans lesquelles il ne s'appuie que sur des faits matériels. Nous nous occupons dans cette catégorie des preuves proprement dites, c'est-à-dire de l'emploi du témoignage pour arriver à la connaissance de la vérité.

81. Quant à la marche qu'il convient de suivre pour recueillir des témoignages sur les faits passés, on peut concevoir deux systèmes absolus. Le premier de ces systèmes consiste à établir un fait judiciaire, de même qu'un fait de toute autre nature, en recherchant, sans aucun plan préconçu, sans aucune entrave, tout ce qui peut faire reconnaître l'existence de ces faits. Bentham (voy. *Preuves judiciaires*, liv. I, tit. III) donne comme type de ce système la marche que suit un bon père de famille,

lorsqu'il veut rechercher l'auteur de quelque infraction à la discipline domestique. La procédure romaine, si subtile sous d'autres rapports, se rapprochait beaucoup, en ce qui touche les preuves, de cette marche si simple; puisque les règles, qui ailleurs ont enchaîné la conviction du juge, y étaient presque entièrement inconnues jusqu'au Bas-Empire. On a souvent cité sur ce point un rescrit d'Adrien, rapporté dans la loi 7, § 2, ff. de testib. : *Quæ argumenta et ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo satis certo modo definiri potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de quâ quæritur, fidem. Hoc ego solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententiâ animi tui te æstimare debere, quid aut credas, aut parùm probatum tibi opineris.*

Un autre système, diamétralement opposé au premier, consiste à rechercher la vérité par des procédés pour ainsi dire techniques, en déterminant certaines circonstances dont l'absence ne permettrait pas au juge d'être légalement convaincu, et dont la réunion au contraire entraînerait forcément sa conviction. En pleine vigueur dans notre ancienne jurisprudence, et dans presque toute l'Europe, jusqu'à ce que les travaux des publicistes du dernier siècle eussent commencé à en mettre à nu les vices, ce système, bien que singulièrement mitigé dans son application [1], a encore aujourd'hui de nombreux partisans en Allemagne. On trouve le beau idéal de ce système dans le récit que nous fait Dumont

[1] Ainsi on le soutient aujourd'hui en matière criminelle, plutôt dans l'intérêt de l'accusé, qui ne pourrait être condamné en l'absence de certaines conditions, que dans celui de l'accusation, à laquelle il est trop dur et trop inique de donner forcément gain de cause, à raison du concours de certaines preuves.

(note sur le liv. I, ch. III, des *Preuves* de Bentham) d'un incident dont il fut témoin à la cour du banc du roi en Angleterre. Le célèbre Wilkes, après s'être soustrait quelque temps à la sentence qui l'attendait, vint se présenter à l'improviste pour la recevoir. La forme voulait, non qu'il vînt de lui-même, mais qu'il parût envoyé par le shérif; or, cette forme manquant, l'embarras de la justice était une vraie comédie. Enfin un des juges lui dit : « Monsieur, je veux bien croire en mon particulier que » vous êtes là, puisque vous le dites et que je le vois ; » mais il n'y a point d'exemple que la cour, en pareille » affaire, ait cru devoir se fier à ses propres yeux. Aussi » n'a-t-elle rien à vous dire. » Ainsi pratiquée, la jurisprudence devient, suivant la plaisante définition de Bentham, l'art d'ignorer méthodiquement ce qui est connu de tout le monde.

82. Mais, si la raison ne permet pas d'adopter comme règle ce dernier système, celui des preuves purement légales, on ne saurait malheureusement, dans un état de civilisation avancé, prendre toujours pour type la procédure domestique. Il devient nécessaire d'assujettir à certaines formes la constatation des faits les plus importants. C'est ainsi que nous avons encore aujourd'hui un certain nombre de preuves légales, dont l'utilité n'est guère constatée, par exemple les actes authentiques. Nous nommerons, avec le publiciste anglais, les preuves de cette espèce, *preuves préconstituées*, c'est-à-dire préparées en quelque sorte à l'avance pour la sécurité des parties, qui ont besoin de conserver la trace de telle ou telle convention, de tel ou tel événement. Admettre ces preuves, ce n'est pas admettre avec toute son extension l'ancien système des preuves légales, lequel consistait à établir une sorte de tarif des témoignages produits en justice, tarif qui réduisait le juge à un rôle purement passif, en

le privant de l'importante faculté d'en apprécier la valeur morale. Ce n'est que dans le cas où des actes ont dû être dressés à l'avance, avec certaines formes, que le juge est astreint à ne pas sortir d'une seule nature de preuve, *ad unam probationis speciem alligatur*, suivant l'expression énergique d'Adrien. Dans les autres cas, on lui accorde un pouvoir discrétionnaire; la marche de la preuve n'est plus artificielle, mais conforme à la nature des choses, sauf certaines restrictions, vestiges de l'ancien système, que nous aurons occasion de critiquer.

Une observation par laquelle nous terminerons ce qui concerne la preuve naturelle et la preuve légale, c'est que la dernière s'applique mieux aux conventions pour lesquelles les parties peuvent prendre leurs précautions à l'avance, tandis qu'on doit généralement, à peine d'arbitraire, suivre la marche la plus simple, quand il s'agit d'un fait qui n'a pu être prévu, par exemple, d'un fait illicite. C'est ce qui explique pourquoi la procédure, sous le point de vue qui nous occupe, est moins technique, moins embarrassée de formes au criminel qu'au civil.

83. La distinction fondamentale que nous venons de poser servira de base à la division que nous adopterons dans cette catégorie. Nous traiterons, dans un premier livre, des preuves dans leur forme la plus simple [1], et dans un second, des preuves préconstituées.

[1] Nous n'employons pas l'expression de *preuves naturelles*, qui serait exagérée dans notre législation, où les preuves qui ne sont pas préconstituées sont encore souvent entourées de bien des formes, par exemple, en ce qui touche l'administration de la preuve par témoins.

PREMIER LIVRE.

PREUVES DANS LEUR FORME LA PLUS SIMPLE; GÉNÉRALEMENT ORALES.

84. Comment s'y prend-on, quand on veut obtenir de ses semblables des renseignements sur le passé? On les interroge. C'est la manière la plus simple d'en appeler au témoignage de l'homme. Toutefois il ne faut pas considérer la réponse de vive voix à un interrogatoire comme essentielle dans tout témoignage qui n'est pas préconstitué, c'est-à-dire préparé à l'avance avec certaines formes. Nous verrons qu'en l'absence même de toute réponse, la manière d'agir des parties, quelquefois simplement leur silence, peuvent amener la découverte de la vérité. Seulement la preuve inartificielle est habituellement orale, comme nous verrons que la preuve préconstituée est habituellement littérale ou par écrit.

85. La déclaration de l'homme sur des faits passés, peut être l'œuvre de tiers désintéressés : c'est alors la preuve testimoniale proprement dite; — du défendeur : c'est le cas de l'aveu, auquel se rattache le serment décisoire; — enfin, du demandeur lui-même, lorsqu'on lui défère le serment supplémentaire, ou lorsqu'il est admis à affirmer dans son intérêt.

Si nous nous attachions seulement à la force probante de ces divers témoignages, nous devrions commencer par l'aveu, qui agit bien plus efficacement que les autres sur l'esprit du juge. Mais il importe de commencer par poser les principes sur l'admission de la preuve testimoniale; principes fondamentaux dans notre droit, et qui dominent toute la matière. Cet ordre offre d'ailleurs l'avantage de rapprocher tout ce qui est relatif au serment

PREMIER MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DE TIERS. — PREUVE PAR TÉMOINS.

86. Ce mode de preuve si important, dont nous abordons l'examen, a cela de particulier dans notre droit (suivi du reste sur ce point dans beaucoup de pays de l'Europe moderne), que son admissibilité même soulève dès l'abord une question préalable, extrêmement grave. Les restrictions apportées par notre législation à la liberté de la preuve testimoniale tiennent, ainsi qu'il nous sera facile de le reconnaître, à la nature des faits, et non pas à la nature de la juridiction qui doit connaître du litige. Elles sont donc les mêmes au criminel qu'au civil : en conséquence, nous n'aurons pas de distinction bien tranchée à établir entre les deux juridictions, quant à l'admissibilité au fond de la preuve par témoins. Il n'y aura de différence fondamentale à constater entre le civil et le criminel, que quand nous arriverons à la seconde partie de nos développements, à l'administration de cette preuve, à ce qu'on nomme en procédure l'*enquête*.

PREMIÈRE SECTION.

ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE PAR TÉMOINS.

87. L'article fondamental de la matière, l'article 1341 du Code civil, contient deux dispositions qu'il importe de ne pas confondre : l'une veut qu'il soit passé acte par devant notaire ou sous signature privée de *toutes choses* [1] excédant la valeur de cent cinquante francs ; l'autre, qu'il ne soit reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. On voit que l'une de ces règles tend à exclure *à priori* la preuve testimoniale dans certain cas, fût-elle la seule ressource de la partie qui l'invoque; tandis que l'autre se borne à la repousser *à posteriori*, lorsque en fait il a été rédigé un acte.

La règle qui préfère les actes aux témoins étant moins éloignée du droit commun, et donnant lieu à moins de difficultés que celle qui repousse les témoins de prime-abord, nous allons la traiter la première.

[1] Expressions inexactes sur lesquelles nous reviendrons.

PREMIÈRE RÈGLE.

Exclusion de la preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes.

88. S'il est difficile de méconnaître l'utilité des preuves préconstituées, et notamment des actes écrits (*instrumenta*), il faut avouer qu'une grande partie de cette utilité tient à ce que ces actes font ordinairement disparaître tout arbitraire, toute équivoque, en donnant une expression fixe, arrêtée, à la pensée des parties, si difficile souvent à saisir après coup. Dans l'ancienne Rome, lorsque les écrits étaient peu usités, on arrivait à un résultat semblable par l'emploi de formes solennelles dans la stipulation. La rigueur même de la formule, mal à propos critiquée par des esprits superficiels, tendait à préciser bien nettement les intentions des contractants, et à empêcher les souvenirs des témoins de s'égarer[1]. Si la défense prononcée par la loi de prouver par témoins telle ou telle convention, tel ou tel fait, peut paraître dure à certains esprits; quand en fait un écrit a été rédigé, il semble aussi utile que raisonnable de ne plus chercher ailleurs le récit de ce qui s'est passé. Car, en supposant même que les pourparlers qui ont précédé ou accompagné la rédaction, soient fidèlement rapportés par les témoins, comment confondre sans arbitraire ces pour-

[1] L'intervention des *pacta adjecta*, qui pouvaient modifier la stipulation, est probablement une dérogation postérieure, motivée sur l'équité, au principe qui n'attachait de force qu'aux pactes consacrés par le droit civil.

parlers avec la rédaction? Par cela seul qu'on n'a pas reproduit dans l'acte ces modifications de la convention, n'est-il pas éminemment probable qu'on a voulu les exclure, ou du moins qu'on ne s'y est pas arrêté sérieusement? En posant cette règle, la loi ne s'écarte pas de la volonté des parties, elle ne fait que l'interpréter sainement. Aussi allons-nous voir que cette idée est bien plus ancienne et bien plus généralement admise que celle qui tend *à priori* à exclure la preuve testimoniale dans certaines hypothèses.

89. Bien que les Romains fussent loin d'attacher la même importance que nous à la preuve écrite, et que la preuve testimoniale ne fût presque jamais écartée chez eux, nous lisons, dans les sentences de Paul (liv. 5, tit. 15, § 4), ce texte, qui ne porte aucune trace d'interpolation : *Testes, cùm de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.* Paul établit ici une importante distinction, encore applicable aujourd'hui : ou bien il s'agit d'attaquer la sincérité de l'écrit, sa véritable origine, et alors on peut avoir recours à la preuve testimoniale; ou bien on veut, sans attaquer la sincérité de l'écrit, soutenir que les conventions ont été différentes de ce que porte sa teneur, et alors on n'est pas reçu à faire entendre des témoins sur ce point. L'autorité de ce texte, comme expression d'une doctrine en vigueur dès l'époque des jurisconsultes classiques, serait invincible, si elle était en effet appuyée par une constitution de Caracalla, ainsi que le pense Cujas, qui attribue à ce prince la loi première, au Code de Justinien, *de testibus : Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*. Malheureusement cette constitution, restituée par Cujas d'après les Basiliques, pourrait bien être de quelque empereur plus récent. On oppose ordinairement à ce texte et à celui de Paul, la loi 15 de Constantin, au même

Code, *de fide instrumentorum : In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* Mais cette dernière constitution n'a rien de bien précis. Il peut se faire qu'elle ait voulu tout simplement indiquer l'admissibilité des deux genres de preuves pris isolément, sans en supposer le conflit, et sans s'expliquer dès lors sur la supériorité relative des écrits et des témoins. Quoi qu'il en soit, même en admettant une altération peu probable du texte de Paul, et, ce qui est plus soutenable, en donnant à la loi première, au Code, *de testibus*, une date plus récente que celle qui lui est attribuée par Cujas; il resterait toujours établi qu'au plus tard au sixième siècle, lors de la publication des compilations où se trouvent ces deux textes, en Orient comme en Occident [1], on admettait que la preuve écrite ne peut pas être combattue par la preuve testimoniale. Il est vrai que Justinien (voy. l. 14. Cod., *de contr. stip.*, § 12, Inst., *de inut. stip.*) a cru devoir rendre une constitution spéciale pour empêcher d'attaquer, en alléguant un *alibi*, l'acte qui constatait la présence des parties dans une stipulation, si l'*alibi* n'était clairement prouvé par écrit, ou par des témoins irréprochables. Mais il ne s'agit pas là de suppléer aux énonciations de l'acte par des preuves prises en dehors de l'écrit; il s'agit d'une sorte d'inscription de faux, de la sincérité même de cet acte. En nous référant à la distinction de Paul, *cùm de fide tabularum nihil dicitur*, nous reconnaîtrons qu'il n'y a rien dans cette décision de Justinien qui contrarie le principe par nous posé. Encore moins faut-il s'attacher, ainsi que le fait Toullier (*de la Preuve testimoniale*, § 3), à la Novelle 73, ch. 3, qui établit la supériorité de la preuve testimoniale, là où il s'agit uniquement d'apprécier la sincérité d'un

[1] On sait que les sentences de Paul avaient conservé force de loi en Occident.

écrit : vérification pour laquelle, en effet, des témoignages directs valent évidemment mieux que la comparaison d'écritures. On a souvent fait la même observation chez nous, et cependant nous sommes loin d'admettre la preuve testimoniale contre le contenu aux actes; mais c'est qu'on suppose que la sincérité de ces actes n'est pas elle-même mise en question.

Au moyen âge même, lorsque l'art d'écrire n'était plus pratiqué que par un certain nombre de clercs, la maxime, *témoins passent lettres,* ne fut pas toujours admise. «Quant aucuns s'est obligiés par lettres», écrivait Beaumanoir (ch. 39, § 3) au treizième siècle, « si cil » qui s'obliga, nie l'obligation, il ne li convient prover, » fors par lettres. » Cette doctrine n'avait pas prévalu dans la pratique du quinzième siècle, ainsi que nous le rapporte Bouteillier dans sa *Somme rurale* (titre 106) : «S'il advient » qu'en jugement une partie se veuille aider de lettres » en preuve, et l'autre partie se veuille aider de témoi- » gnage singulier, sachez que la vive voix passe vigueur » de lettres, si les témoings sont contraires aux lettres. » Mais il ajoute qu'en matière de rentes annuelles (ce qui comprenait alors les créances les plus importantes), «let- » tres sont plus à croire que vive voix de témoins, si on ne » propose fausseté contre lesdites lettres. » On voit que la faculté d'attaquer la preuve écrite au moyen de la preuve orale n'a été admise, même dans notre plus ancien droit, ni à toutes les époques, ni en toute matière. C'est en 1566 qu'elle a été définitivement supprimée en France par l'ordonnance de Moulins, type de l'article 1341 du Code civil. Et il ne paraît pas que sur ce point il se soit élevé de sérieuses réclamations, lors de la promulgation de l'ordonnance.

90. Le principe que *lettres passent témoins,* est aujourd'hui assez généralement admis en Europe ; il l'est même

dans des pays qui n'admettent pas l'exclusion de la preuve testimoniale avec la même étendue que la loi française. Ainsi le Code autrichien (voyez art. 885-887), qui permet en général de prouver aussi bien par témoins que par écrit, ajoute cependant que, s'il y a contrat écrit, les dispositions orales sont sans effet. En Angleterre, où nous verrons que les restrictions à la preuve par témoins sont moins étendues que chez nous, on déclare cependant que la preuve orale n'est pas admissible, même dans les cours d'équité, pour annuler ou pour modifier la teneur d'un écrit. *Parol évidence*, dit Blaxland, auteur tout récent, qui s'est attaché à comparer les lois anglaises aux nôtres, *is not admissible at law or in equity, to disannul or substantially vary a written agreement* (voyez Codex rerum Anglicanum, or a Digest of the principles of english law, Londres 1839.) De même le Code du canton de Berne (art. 686, 687, 691), après avoir établi qu'un écrit ne sera exigé que dans des cas déterminés par la loi, veut cependant qu'on ne puisse alléguer, contre un contrat écrit, les conventions faites avant la rédaction de ce contrat, ou en même temps.

91. Ce principe qu'on ne peut faire entendre de témoins contre et outre le contenu aux actes, doit être sainement interprété. Il ne peut vouloir dire que jamais on ne pourra invoquer la preuve testimoniale pour combattre les allégations consignées dans un écrit. Il s'agit uniquement, dans cette prohibition, des contractants, qui ne sauraient faire revivre de simples pourparlers, afin de modifier la convention, telle qu'elle résulte de l'écrit qui est leur ouvrage. Mais on doit laisser toute latitude, pour combattre les énonciations mensongères que cet écrit peut contenir, soit aux tiers, dans tous les cas, soit aux parties elles-mêmes, si elles demandent à établir que la rédaction n'est que le résultat de la violence ou

du dol. C'est ce que Dumoulin décidait pour le seigneur, lorsqu'il s'agissait de fraude à ses droits. *Dominus admissibilis est ad probandum contra actum ab utraque parte approbatum,* et le même droit appartient incontestablement aujourd'hui à la régie de l'enregistrement. Le seul cas où nous soyons obligés de nous en rapporter à la déclaration d'un tiers, c'est lorsque ce tiers est un fonctionnaire public, ayant caractère pour donner l'authenticité à l'acte qu'il rédige. Quant à la distinction délicate des points qui sont attestés par l'officier public, et de ceux pour lesquels la preuve contraire est admissible, ce serait anticiper sur la matière de la preuve littérale que de nous en occuper ici.

92. Une autre interprétation inexacte de notre règle, interprétation qui, au dire de Pothier, avait prévalu dans la jurisprudence du dernier siècle (voy. son *Traité des oblig.*, n° 799), consistait à ne pas admettre la preuve testimoniale pour établir la libération d'une créance qui en fait aurait été constatée par écrit, même lorsque cette rédaction par écrit n'était pas exigée; mais il y avait erreur manifeste à supposer que c'était prouver contre l'acte que de démontrer un fait postérieur, tendant à affranchir le débiteur de l'obligation dont cet acte avait constaté la naissance. Est-ce nier le voyage d'un navire, que de soutenir qu'il vient d'arriver au port de désarmement? Pothier a fait justice de cette lourde méprise de la pratique de son temps, méprise dont la jurisprudence du siècle précédent avait su se préserver, et qui vraisemblablement ne se reproduira pas sous l'empire du Code.

93. Quant à l'extension de cette règle, une question d'une haute importance pratique est de savoir si elle est applicable en matière de commerce. On invoque, pour la négative, la bonne foi qui est l'âme du commerce, et qui oblige à tenir compte des pourparlers qui ont pu mo-

difier les conventions des contractants, sans avoir été reproduits dans la rédaction de l'acte. Deux arrêts du parlement de Paris, l'un du 22 juillet 1613, l'autre du 22 juillet 1689, ont admis cette opinion, qui est encore consacrée aujourd'hui par l'article 1935 du Code hollandais, chez un des peuples modernes dans le sein duquel les relations commerciales ont acquis le plus grand développement. Mais, à cette considération que la bonne foi est l'âme du commerce, on peut répondre avec avantage qu'il importe, en matière commerciale, comme ailleurs, d'éviter l'équivoque et l'arbitraire. Or, quoi de plus dangereux que de faire revivre, pour y trouver le germe d'une obligation, des pourparlers qui n'avaient peut-être aucun caractère sérieux? Il ne faut pas perdre de vue que, là où le crédit est en jeu, donner aux engagements d'une partie une portée qu'elle n'aura pas pu prévoir, ce sera souvent amener sa ruine.

Quant aux textes, l'article 1341 renvoie simplement à ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce; et l'article 109 du Code de commerce indique, parmi les modes de preuve, la preuve testimoniale, *dans les cas où le tribunal croira devoir l'admettre*. On pourrait être tenté de voir dans ces dernières expressions une latitude indéfinie accordée au tribunal pour recevoir cette preuve, même contre le contenu aux actes. Mais, pour en bien comprendre le sens, il faut se reporter à l'historique de la rédaction de l'article 109. Or, le texte primitif portait que la preuve testimoniale serait admise, *s'il y avait commencement de preuve par écrit* : ce qui n'accordait rien de plus qu'en matière civile. Cette innovation aux usages commerciaux donna lieu à de vives réclamations de la part des cours et des tribunaux de commerce. On allégua l'impossibilité de dresser un écrit dans une foule de circonstances; mais aucune voix ne s'éleva pour demander le

rétablissement de la preuve testimoniale, là où en fait il avait été rédigé un écrit. La rédaction définitive doit être entendue dans le sens de ces observations; on a voulu que la juridiction consulaire pût, suivant les circonstances, admettre les témoins, mais à raison de ce qu'on n'aurait pu faire un écrit, et non pas lorsqu'au contraire il en existe un. En un mot, les dernières expressions de l'article 109 ne sont pas une extension, mais au contraire un avertissement pour le juge de ne recourir à l'enquête que s'il y a nécessité. Un arrêt de cassation du 16 mai 1829 s'est prononcé en ce sens, et, si un arrêt de rejet du 11 juin 1835 paraît décider le contraire, c'est que, dans l'espèce, il y avait un commencement de preuve par écrit.

91. Enfin, en matière criminelle, l'application du principe qu'on ne peut prouver contre et outre le contenu aux actes, n'a jamais été sérieusement contestée. S'il s'agit par exemple de la violation d'un dépôt constaté par une reconnaissance du dépositaire, il est évident qu'on ne saurait rechercher, en dehors de cette reconnaissance, la preuve des obligations qu'on lui reproche de n'avoir pas respectées. En acceptant cette reconnaissance, le déposant n'a-t-il pas déterminé en quelque sorte la mesure de l'engagement contracté envers lui? Qu'importe qu'il prenne ensuite la voie criminelle ou la voie civile, pour obtenir réparation de l'inexécution de cet engagement?

DEUXIÈME RÈGLE.

Exclusion totale de la preuve par témoins en certaines matières.

95. Il ne faut pas poser en principe, comme on l'a souvent fait bien à tort, que la preuve testimoniale est généralement repoussée par la loi en matière civile. Il est vrai que l'article 1341 veut qu'il soit passé acte de *toutes choses* excédant la valeur de cent cinquante francs. Mais ces expressions, dont nous expliquerons bientôt l'origine, ne peuvent s'entendre, et ne se sont jamais entendues dans la pratique, que des cas où il peut y avoir lieu à dresser un acte, c'est-à-dire des conventions. *Toutes choses dont nos sujets voudront traiter ou disposer*, disait avec bien plus d'exactitude l'édit de 1611 des archiducs de Flandre, art. 19. Aussi voyons-nous la loi se reporter au moment même où l'on a traité, pour signifier sa volonté aux contractants: *il doit être passé acte.* Lorsqu'il s'agit d'un fait autre qu'une convention, les parties, dont il n'est pas l'œuvre commune, n'ont pu être tenues de le constater de telle ou telle manière; la preuve testimoniale est admissible. Le plus souvent en matière civile, il s'agit de conventions; le plus souvent au contraire, au criminel, il s'agit de faits qui ne sont nullement conventionnels. De là l'opinion vulgaire, opinion qui, nous le verrons, a même laissé quelques traces dans nos lois, suivant laquelle cette preuve, habituellement inadmissible au civil, serait toujours admissible au criminel. Mais cette opinion est inexacte sous l'un et l'autre rapport, les dispositions de la loi n'ayant point trait au caractère de la juridiction, mais à la nature des faits à prouver. Si un fait illicite se rattache à une convention; s'il s'agit, par exemple, de la violation d'un dépôt; la convention, dont

l'existence doit être préalablement établie, ne sera jamais, si la valeur dépasse le taux légal, susceptible d'être prouvée par témoins, que la question s'agite devant un tribunal de police correctionnelle, ou bien devant un tribunal civil. Au contraire, quand la juridiction civile aura à apprécier un fait non conventionnel, par exemple, une difficulté relative à la possession, elle sera parfaitement autorisée à ordonner l'enquête, quelle que soit l'importance du litige.

Mais, indépendamment du principe restrictif de l'article 1341, applicable aux conventions, il est des cas où le législateur, sans examiner si le demandeur a pu ou non faire constater les points qu'il a intérêt à établir aujourd'hui, repousse la preuve testimoniale, même pour des faits de l'ordre de la nature. C'est lorsque la nature spéciale de ces faits prête trop à la fraude, et qu'en même temps ils ont une haute importance sociale. Je veux parler des restrictions que souffre la preuve par témoins en matière de questions d'état. Ces restrictions ont moins d'extension que celles de l'article 1341, en ce qu'elles ne tendent pas à réprouver toute preuve par témoins, mais seulement la preuve par témoins de certains éléments de décision. D'un autre côté, elles sont plus impérieuses en ce sens, qu'elles n'admettent pas la ressource de l'interrogatoire et celle du serment; tandis qu'en matière conventionnelle, du moins lorsque certaines solennités ne sont pas exigées, l'enquête seule est prohibée, tous les autres modes d'information demeurent admissibles.

Exclusion générale de la preuve testimoniale en matière de conventions, exclusion toute spéciale en ce qui touche les questions d'état, voilà deux ordres d'idées qu'il importe de bien distinguer, et dont nous allons traiter séparément. Quand nous l'aurons fait, nous expliquerons à part ce qui concerne l'admissibilité au criminel de la preuve testimoniale.

PREMIÈRE DIVISION.

EXCLUSION DE LA PREUVE PAR TÉMOINS EN MATIÈRE DE CONVENTIONS.

96. L'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale paraît avoir été sans exception à Rome, du moins lorsqu'il ne s'agissait que d'établir les conventions des parties. On sait que les Romains se fiaient à la mémoire de l'homme pour constater, soit des actes solennels, tels que la mancipation, soit même l'existence d'un jugement, ce qui fait l'objet de l'action *judicati*, laquelle paraît bien étrange dans nos mœurs actuelles[1]. Cette faculté si large n'a été modifiée qu'à Constantinople, au sixième siècle, et encore dans un cas particulier. Dans la loi 18, au Code, *de testibus*, Justinien veut que, quand une dette a été constatée par écrit, la preuve du payement ne puisse elle-même se faire que par écrit, ou du moins par cinq témoins dignes de foi. Rien de pareil ici au principe général posé dans les sentences de Paul (liv. 5, tit. 15, § 4), et reproduit dans la loi 1re, au Code, *de testibus*, lorsqu'il s'agissait de la preuve par témoins opposée à un écrit. Et cependant les mœurs étaient loin d'être pures à Rome, surtout sous l'empire. Les faux témoins n'ont jamais manqué aux accusations politiques, et on connaît le mot sanglant de Tacite (Hist., liv. 1, § 2) : *quibus deerat inimicus, per amicos oppressi*. Mais le motif de la corruption des témoins, bien que le plus apparent, n'est pas le seul qui ait amené la prohibition chez nous. La crainte de la multiplicité des procès a été

[1] Il résulte des recherches de M. le comte Beugnot (voy. la préface de son beau travail sur les *olim*), que le premier exemple de rédaction régulière des arrêts se trouve en 1336, dans la terre classique de la jurisprudence, en Normandie.

pour nos tribunaux un motif non moins puissant. Or, cette crainte ne pouvait avoir la même influence dans l'empire romain, où il y avait bien moins de richesses qu'il n'y en a aujourd'hui dans le monde civilisé, et où la population était bien moins considérable, et en grande partie esclave. Enfin, dans les législations, il faut tenir compte des habitudes nationales, et même du temps de Justinien, nous voyons la preuve testimoniale enracinée dans les mœurs. En effet, dans la Novelle 74, chap. 4, l'empereur essaye, quant au mariage, l'introduction d'un écrit, du moins pour la plupart dès cas; mais peu de temps après, dans la Novelle 117, chap. 4, il se voit obligé de restreindre son innovation aux grands personnages de l'empire. Et même la loi 18, au Code, *de testibus*, n'a pas proscrit la preuve par témoins dans l'espèce qui y est prévue; on y a seulement exigé, à défaut d'écrit, un nombre de dépositions plus considérable.

Au moyen âge, si, comme nous l'avons vu, on n'a pas toujours admis la supériorité relative de la preuve orale sur la preuve par écrit, il est évident du moins que l'usage de l'écriture était trop peu répandu pour qu'il fût possible de ne pas admettre la preuve testimoniale des conventions. D'ailleurs l'utilité d'une pareille exclusion ne se faisait pas sentir, lorsqu'à raison de l'état moins avancé de la civilisation, les procès étaient moins fréquents et les mœurs moins dépravées[1]. On allait même jusqu'à constater l'existence de la coutume, c'est-à-dire de la loi d'alors, au moyen d'une *enquête par tourbe*, c'est-à-dire d'informations recueillies de la bouche d'un certain nombre de personnes que l'on prenait au hasard, et que l'on

[1] Je n'entends pas dire sans doute que les mœurs des classes supérieures fussent toujours exemplaires; mais alors la corruption n'avait pas pénétré dans la masse de la population, comme cela est malheureusement arrivé dans les temps modernes.

interrogeait sur ce qu'elles croyaient être en usage.

97. Si l'ancienne Rome avait admis les principes les plus larges en matière de témoignage, ce fut au contraire l'Italie moderne qui donna la première l'exemple, au quinzième siècle, de restrictions à la liberté de la preuve. Un statut de Bologne de 1453, approuvé par le pape Nicolas V, défendit la preuve par témoins des payements au-dessus de cinquante livres, et des contrats au-dessus de cent livres. De même les statuts de Milan, en 1498, interdirent la preuve testimoniale en certains cas. En France, une réforme analogue eut lieu au seizième siècle, à la même époque où la rédaction par écrit des coutumes fit tomber l'usage abusif des enquêtes par tourbe. Ce fut du Midi, d'un pays de droit écrit, qu'émana la proposition d'introduire des restrictions semblables à celles qui venaient d'être établies en Italie. Le parlement de Toulouse envoya des députés auprès de Charles IX, aux états de Moulins, pour solliciter la disposition qui forme l'art. 54 de l'ordonnance de 1566, et qui veut qu'il soit passé contrat de toutes choses excédant la valeur de cent livres. Le préambule de cette ordonnance, dite de Moulins, la même qui défend de prouver contre et outre le contenu aux actes, ne mentionne, ce qui est bien remarquable, que le motif de la complication des procédures: « Pour » obvier, dit ce préambule, à la multiplication des faits, » que l'on a vu ci-devant être mis en avant en jugement, » sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont » adviennent plusieurs inconvénients et involutions de » procès. » On voit qu'en se reportant à l'origine de la prohibition, il ne paraît pas que le législateur ait été occupé uniquement, comme beaucoup l'imaginent, du danger de la subornation des témoins. Néanmoins ce danger avait aussi frappé les contemporains, ainsi que le prouve cet adage coutumier, cité par Loisel: *Fol est*

qui se met en enquête; car qui mieux abreuve, mieux preuve.

Cette ordonnance, quel qu'en fût le motif principal, opérait une véritable révolution dans les habitudes. Aussi Boiceau, commentateur contemporain, nous dit-il, en commençant l'exposé de la matière : *Cùm primùm nata et promulgata fuit hæc Caroli IX regia sanctio, plerisque visa est et dura, et odiosa, et juri contraria.* Cette disposition était en effet dure, en ce qu'elle astreignait à des écrits gênants et souvent coûteux les parties qui pouvaient auparavant s'en passer; odieuse, en ce qu'elle favorisait la mauvaise foi, tant qu'elle n'était pas bien connue de tous et entrée dans les mœurs; enfin, contraire au droit, c'est-à-dire, au droit romain; mais ce n'était pas une raison pour qu'elle fût repoussée, dans d'autres circonstances, chez les modernes, puisque c'était un pays de droit écrit qui l'avait réclamée. Quant aux deux premiers motifs, ils n'étaient que transitoires. Aussi Boiceau ajoute-t-il que, nonobstant ces raisons de douter, l'ordonnance fut hautement approuvée par les esprits les plus graves, et notamment par le parlement de Paris : *Nulla toto hoc sæculo constitutio ac lex regia sanctior ac probatior visa fuit amplissimo nostro Galliæ senatui.*

98. Avant d'analyser cet article 54 et les lois postérieures qui en ont reproduit la disposition, jetons un coup d'œil sur les législations étrangères. Il est des pays où aucune restriction n'est admise, par exemple, en Autriche, ainsi que nous l'avons déjà remarqué (voy. Cod. autrich., art. 883). C'est la disposition du droit commun germanique. Il paraît qu'il en est de même en Danemarck, en Suède et en Norwége. Il est certain qu'il y a plus de simplicité chez les populations germaniques et scandinaves, que chez les nations plus méridionales. D'autres pays, tels que l'Angleterre, n'exigent d'écrit que pour certains actes plus importants, tels que les conventions relatives

à des immeubles valant au moins dix livres sterling. C'est l'objet d'une disposition comprise dans le vingt-neuvième statut de Charles II, et intitulée : *Acte pour prévenir les fraudes et les parjures*. Enfin, dans la plupart des codifications modernes, notamment dans le Code prussien [1] (titre des Contrats, art. 131), le système français a été admis. Quelquefois cependant on y a apporté un tempérament en élevant le chiffre pour lequel la preuve testimoniale peut être reçue. C'est ainsi que le Code sarde (art. 1454) fixe ce chiffre à trois cents francs, et que le Code du canton de Vaud (art. 995) le porte à huit cents francs. Cette diversité des législations se conçoit facilement. La question de l'admissibilité de l'enquête est une de ces questions de moralité et de discipline nationale, dont la solution doit varier de peuple à peuple.

Voyons maintenant quelle est l'étendue du principe posé par l'ordonnance de Moulins, tel qu'il a été développé par la doctrine et par la législation postérieure. Nous verrons ensuite dans quels cas il y a exception à ce principe, et dans quels cas, au contraire, on l'étend au delà de ses limites ordinaires.

§ 1. Application de cette règle.

99. Bien que l'ordonnance de 1566 employât l'expression *toutes choses*, qui se retrouve dans l'article 1341 du Code civil, les auteurs contemporains furent loin de l'entendre en ce sens qu'elle comprît tout, *omnes res nostras*, comme dit Boiceau. Au contraire, s'attachant à l'expression pratique, *il sera passé contrat*, assez mal à propos employée par les rédacteurs, ils interprétèrent l'ordonnance en ce sens qu'elle n'était applicable qu'aux *contrats*

[1] La Prusse se rapproche bien plus des idées françaises que les autres nations germaniques.

(voy. Boiceau, *Preuve par témoins*, liv. I, ch. II). Cette interprétation était peu raisonnable; car les conventions qui dissolvent l'obligation, comme le paeyment, la remise, etc., se constatent tout aussi bien par écrit que celles qui ont pour but de la former. De là les expressions plus générales de l'ordonnance de 1662 (tit. 20, art. 2), qui veut qu'il soit passé acte par devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la valeur de cent livres. Par ce mot *choses*, employé sans restriction, on a voulu comprendre les distrats comme les contrats, les conventions *divestitives*, comme les conventions *investitives*, pour employer la langue de Bentham. Mais on n'a voulu entendre rien de plus que ce qui émane de la volonté de l'homme, les choses *dont on veut traiter ou disposer*, comme le dit l'édit de 1611, que nous avons déjà cité [1]. Les expressions de l'ordonnance se retrouvent dans l'article 1341 du Code civil, et il n'est pas possible de les y interpréter autrement.

Cette observation nous conduit à rectifier la rédaction doublement inexacte de l'article 1348, 1°. D'abord, cette rédaction présente comme une exception à la règle prohibitive de l'enquête l'admission de la preuve par témoins des délits ou quasi-délits. Mais les actes illicites n'avaient pas besoin d'être exceptés; ils n'ont jamais été compris dans la règle. Boiceau (liv. I, ch. 10) ne s'y était pas trompé : *Quod autem ad obligationes ex maleficio descendentes, satis vulgatum est eas hâc lege non comprehendi, quia scriptis delinqui non soleat, imò clam vel noctu.* De plus, la faculté de prouver par témoins n'est pas bornée aux faits qualifiés délits ou quasi-délits. Toutes les fois que j'argue

[1] Les choses qui ne peuvent se réduire par écrit, disait l'avocat-général Joly de Fleury dans un plaidoyer du 2 août 1706, qui ne sont pas susceptibles de convention, *n'ont jamais été comprises* dans cette disposition.

d'un dol, alors il ne s'agit plus de prouver une convention susceptible d'être constatée, mais bien des manœuvres frauduleuses, qui ne seraient plus telles précisément, s'il m'était possible instantanément d'en dresser acte. La règle de l'article 1341 est dès lors applicable; ce qui est constant, bien que la lettre de l'article 1353 semble ne réserver d'autre ressource, pour établir la fraude, que les présomptions abandonnées aux lumières du juge. La seconde inexactitude de ce même alinéa de l'article 1348, c'est qu'il confond dans une même rédaction les *quasi-contrats*, qu'il présente comme placés en dehors de la prohibition. Or, des deux quasi-contrats mentionnés par le Code, il en est un, sans doute, la gestion d'affaires, qui, se rattachant à un simple fait entre parties non présentes, n'est pas susceptible de preuve littérale; mais l'autre quasi-contrat, qui naît de la réception de l'indû, rentre dans la règle de l'article 1341, puisque celui qui voulait opérer un payement, devait se faire délivrer quittance. Personne n'hésite, malgré les termes généraux de la loi, à faire cette distinction; mais on sent qu'il est bien plus simple de se demander toujours s'il s'agit ou non d'un acte conventionnel.

§ 2. Exceptions à cette règle.

100. Les exceptions à la règle de l'art. 1341 tiennent, ou au peu de valeur du litige (art. 1341 et suiv.), ou à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, qui donne une base aux prétentions du demandeur (art. 1347), ou enfin à l'impossibilité physique ou morale de se procurer un écrit. Outre ces exceptions fondées sur la loi, nous aurons à rechercher si le consentement de l'adversaire peut ou non dispenser le demandeur de l'observation de cette règle.

Premier motif d'exception.

Modicité de la valeur du litige.

101. La première limitation apportée au principe qui exclut l'enquête en matière conventionnelle, c'est le tempérament, compris dans l'énoncé même du principe, qui admet les témoins quand la valeur ne dépasse pas un certain taux. Soit qu'on songe aux frais de l'écrit, soit qu'on se préoccupe du danger de subornation, ce tempérament paraît également raisonnable. Le taux, fixé à cent livres par les ordonnances de 1556 et de 1667, est de cent cinquante francs d'après le Code civil. Mais la prohibition, qui paraît adoucie, est au fond singulièrement aggravée, si on la compare aujourd'hui à ce qu'elle était au seizième siècle; car il ne faut pas avoir des notions bien profondes en économie politique, pour savoir que cent livres en 1566 correspondent à plus de cent cinquante francs aujourd'hui. Faut-il donc dire, à la honte de notre siècle, que cet avilissement de la valeur du numéraire est compensé par les progrès de la corruption? Quoi qu'il en soit, et en s'attachant au chiffre fixé par le Code, il convient de rechercher comment on évaluera l'importance de la demande, pour déterminer si elle dépasse ou non le taux indiqué.

102. Ce n'est pas seulement en matière testimoniale qu'il y a lieu à apprécier la valeur du litige. On se pose la même question, notamment quand il s'agit de savoir si le jugement d'un tribunal d'arrondissement est rendu en premier ou en dernier ressort. Dans cette hypothèse, ou bien le demandeur n'a pas évalué sa prétention, et alors le juge doit l'évaluer d'après des éléments déterminés par la loi, tels qu'un acte de bail non suspect (loi du 11 avril 1838, art. 1er); à défaut de ces éléments, on tient

généralement qu'il faut s'abstenir de faire une expertise qui serait trop coûteuse, mais que, dans le doute, l'appel doit être admis ; — ou bien le demandeur a fixé lui même le chiffre de ses prétentions, et alors, comme ce chiffre ne peut être dépassé (Code de proc., art. 480, 4°), il fixe irrévocablement le montant de la demande. Eh bien ! ni l'une ni l'autre de ces solutions n'est admissible en ce qui touche la preuve par témoins.

Et d'abord, dans le silence du demandeur, la loi n'a determiné aucun élément auquel il faille s'attacher pour rechercher si le litige dépasse ou non cent cinquante francs. Le juge a donc un pouvoir discrétionnaire pour faire cette évaluation : mais une différence fondamentale, c'est qu'ici cette évaluation est forcée. On ne peut pas dire ici que l'enquête est de droit commun; car le défendeur, au profit duquel la garantie légale est introduite, a toujours le droit de repousser les témoins, en constatant que le taux légal se trouve dépassé. De là la nécessité d'une appréciation, pour laquelle il faudra consulter avec soin tous les documents de la cause. Il conviendra de ne recourir à une expertise qu'à la dernière extrémité ; car il est déplorable, pour des affaires aussi peu importantes, d'avoir à supporter tout à la fois les frais d'une expertise et ceux d'une enquête.

103. Supposons actuellement qu'il existe une évaluation du demandeur ; il n'est pas possible de s'y attacher d'une manière absolue. En effet, le seul motif du législateur n'est pas la crainte de la corruption des témoins ; autrement il ferait comme en matière de compétence, il ne s'attacherait jamais qu'à l'intérêt du demandeur, intérêt dont le *maximum* est fixé par ses conclusions. Au contraire, les articles 1343 et 1344 prohibent l'admission de la preuve testimoniale, lorsque le demandeur restreint sa demande primitive, ou lorsqu'il déclare sa

créance le restant d'une créance plus forte qui dépassait le taux légal. Ces articles sont en parfaite harmonie avec la disposition de l'art. 1341, qui, en ordonnant de *passer acte*, se reporte au moment de la convention des parties, et non à l'époque du litige. Dès lors l'évaluation du demandeur ne peut être admise qu'autant qu'elle est reconnue sincère. Si donc les témoins entendus déclarent une valeur supérieure à celle que le demandeur réclamait, sa prétention, en supposant qu'elle ne repose que sur l'enquête, devra être rejetée aux termes mêmes de l'art. 1344, puisque la somme réclamée se trouvera faire partie d'une créance plus forte, non prouvée par écrit.

104. Une décision également applicable en ce qui touche la compétence, et en ce qui touche la preuve testimoniale, c'est celle qui prescrit de joindre au principal les intérêts échus jusqu'au jour de la demande (art. 1342). On pourrait objecter que le demandeur n'était pas en faute lors de la formation de la créance, si, indépendamment des intérêts à échoir, elle ne montait pas à cent cinquante francs. Mais on suppose qu'il a dû se faire payer les intérêts, ou se faire remettre un écrit, dès qu'ils ont une fois dépassé le taux légal. L'art. 1345 étend cette exigence, même au cas où il s'agirait de créances diverses, dont la réunion seule dépasserait la limite; il fallait se mettre en règle, dès qu'une fois on se trouvait, vis-à-vis de la même personne, créancier de plus de cent cinquante francs [1]. Il n'en saurait être de même (même art. 1345), si les créances proviennent

[1] En matière de compétence, ce motif n'est pas applicable, car on ne saurait sérieusement reprocher à un plaideur d'avoir plusieurs procès avec la même personne. Toutefois la décision de la loi 11, ff. *de jurisd.* qui isolait, pour fixer le taux de la compétence, les demandes diverses formées contre le même adversaire, n'est pas admise par la loi du 25 mai 1838, art. 9; et il est difficile de ne pas étendre à toutes les juridictions

de personnes différentes par succession, donation ou autrement; il n'y a plus de contravention à l'esprit de la loi, dès que la jonction n'est plus la suite d'un contrat intervenu avec le même débiteur, mais résulte de la force des choses.

105. On aurait pu éluder cette dernière prohibition, en intentant successivement des actions inférieures au taux légal. Tel est le principal motif de la règle (art. 1346) qui prescrit de former dans un seul et même exploit toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne sont pas entièrement justifiées par écrit; en ajoutant que les autres demandes, dont il n'y aura pas de preuve par écrit, ne seront pas reçues. Cette prescription, qui ne comprend évidemment que les dettes échues, doit-elle s'appliquer même à celles qui proviennent de diverses causes, et qui sont dès lors susceptibles de se prouver par témoins? On pourrait croire que non, si on ne s'attachait qu'à cette idée qu'on a voulu prévenir une fraude à la prohibition de l'art. 1341, fraude sans objet ici, puisque l'enquête est admissible à raison de la diversité des causes. Mais l'art. 1346 ne fait que reproduire une disposition de l'ordonnance de 1667 (titre 20, art. 6), qui, indépendamment des règles de la preuve, tendait à prévenir la multiplication des petits procès [1] (voir le procès-verbal des conférences sur l'ordonnance de 1667, discussion sur le titre 17 du projet, art. 4).

ce que le législateur dit pour les justices de paix. Cette doctrine, établie par une jurisprudence que la loi de 1838 n'a fait que sanctionner, tient à des considérations pratiques. D'abord on évite d'avoir à se prononcer sur une question délicate, celle de la connexité des demandes, qui sont ainsi présentées en même temps. Puis, quant aux frais de l'appel, ces demandes réunies sont moins coûteuses que si on les intentait successivement.

[1] Il n'existe toutefois aucune prescription de ce genre, sous le point de vue de la compétence. Rien n'empêche un plaideur de scinder ses actions,

Ce premier pas fait, ne faut-il pas aller plus loin, et exiger la jonction des demandes, au cas même où elles s'appuieraient sur un commencement de preuve par écrit? Les termes de l'ordonnance et du Code : *qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit*, conduisent forcément à cette solution. Il est vrai que l'art. 1347 paraît la contrarier, en déclarant que *les règles ci-dessus* et par conséquent, dit-on, l'art. 1346, reçoivent exception, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Mais cette rédaction s'explique parfaitement, si on se reporte au projet de Code, dans lequel ne figurait pas l'art. 1346. A l'avantage de la simplification des procès, que nous venons de signaler, on peut ajouter encore l'utilité, pour la bonne expédition des affaires, de la réunion dans une seule enquête de faits qui seront souvent connexes. Cette partie du Code civil ne nous paraît donc pas mériter les critiques dont elle a été souvent l'objet.

106. En résumé, voici quel paraît être le système de la loi. Elle se reporte d'abord au moment où la convention a eu lieu, pour voir si, à cette époque, la valeur excédait ou non le taux légal, lors même qu'actuellement elle se trouve au-dessous de ce taux. De plus, en sens inverse, il ne lui suffit pas que, dans l'origine, le chiffre de cent cinquante francs n'ait pas été dépassé; elle examine si depuis on n'a pas franchi après coup la limite posée. Ces deux points de vue correspondent aux deux mo-

pour éviter les frais d'une juridiction supérieure. Nous n'avons aucune institution qui ressemble à l'exception *rei residuæ* (Gaïus, Comm. IV, § 122) des Romains. Mais, bien que nos lois gardent également le silence sur les cas où l'on diviserait une créance unique, ce qui donnait lieu à l'exception *litis dividuæ* (Gaïus, ib.), les auteurs les plus exacts tiennent que le défendeur pourrait forcer son adversaire à ne pas fractionner sa demande. La conduite du plaideur qui ne veut agir que pour partie, est aussi inconséquente que peu respectueuse pour le tribunal.

tifs bien distincts de la prohibition. On se reporte au passé, parce que le vœu de la loi est qu'on s'assure une preuve stable dès le principe. On s'attache au présent, parce qu'il ne faut pas perdre de vue non plus le danger de la corruption des témoins.

A l'aide de ces observations, qui ne sont que l'analyse des dispositions du Code, peut-être est-il possible de résoudre la question si débattue que fait naître le texte de l'article 1839 : « Toutes sociétés doivent être rédigées par » écrit, lorsque leur *objet* est d'une valeur de plus de cent » cinquante francs. » On se demande ce qu'il faut entendre par l'*objet* d'une société? Deux opinions diamétralement opposées sont professées sur cet article. Les uns, pénétrés de cette idée que ce qu'a voulu le législateur, c'est la rédaction d'un acte lors de la formation de la société, s'attachent, non à l'intérêt ultérieur des associés, mais à la valeur originelle de la société, quelques accroissements qu'elle ait reçus depuis. D'autres, au contraire, ayant surtout en vue le danger de la subornation des témoins, ne tiennent pas compte de l'importance que pouvait ou que peut avoir la société prise collectivement, mais considèrent uniquement l'intérêt de l'associé demandeur, qu'ils autorisent à obtenir l'enquête, si sa réclamation ne dépasse pas cent cinquante francs. Chacune de ces opinions repose sur un fond de vérité; leur seul tort est d'être exclusives. Si, comme nous l'avons reconnu, dans les rapports d'un seul créancier et d'un seul débiteur, l'analyse des textes prouve qu'on a également songé à la vertu *anti-litigieuse*[1] d'un écrit et à la crainte de la corruption, quel motif y aurait-il donc pour décider autrement entre associés ? Aussi les témoins semblent-ils ne pouvoir être admis, ni dans le cas où l'objet total de la société dépassait

[1] Expression de Bentham.

primitivement cent cinquante francs, ni dans le cas où actuellement l'intérêt, soit individuel, soit même collectif, serait venu à dépasser ce chiffre. Si on allègue, dans le premier cas, que la société a diminué de valeur, il est facile de répondre que la preuve testimoniale n'est pas admissible pour une somme qui serait le restant d'une créance plus forte, non prouvée par écrit (art. 1344). Et si on prétend, dans le second cas, qu'il a suffi aux parties de ne pas contrevenir à la loi lors de la formation du contrat, on tombe sous le coup de l'article 1342, qui oblige à réunir les intérêts au capital. N'y a-t-il pas identité de raison pour les bénéfices capitalisés? Cette dernière idée doit toutefois être appliquée avec sagesse. Les bénéfices n'étant pas prévus à l'avance comme les intérêts, le fait seul de leur échéance ne suffira pas pour qu'il doive être dressé acte, s'ils n'ont pas été ajoutés à la masse sociale. Si, par conséquent, l'échéance même de ces bénéfices était le signal de la dissolution de la société, il serait déraisonnable d'exiger un écrit des associés, s'il n'y étaient pas astreints, lorsqu'ils se sont réunis. C'est ainsi que l'on peut approuver un arrêt de la cour de Turin du 24 mars 1807, qui a admis la preuve testimoniale d'une société pour mettre à la loterie, bien que le lot gagné dépassât cent cinquante francs, les mises n'excédant pas cette valeur. Il eût fallu décider autrement, si la société avait été destinée à se prolonger et que le bénéfice réalisé eût été versé dans la caisse sociale.

Deuxième motif d'exception.

Commencement de preuve par écrit.

107. L'exclusion de la preuve testimoniale, en matière conventionnelle du moins, ne tend pas, nous l'avons déjà dit, à exiger impérieusement un écrit. Les autres

preuves orales moins suspectes, l'aveu et le serment, sont admissibles, quand l'écriture n'est pas requise pour la substance de l'acte, comme dans le contrat de mariage. Mais, si un aveu complet prouve la convention, on conçoit qu'il puisse y avoir un aveu incomplet, de nature à rendre vraisemblable le fait allégué, sans en donner toutefois une pleine démonstration. Si cet aveu imparfait est constaté par écrit, car autrement on tomberait dans un cercle vicieux, il donne à la prétention une base assez solide pour qu'on puisse sans danger admettre les témoins : telle est la théorie qui résulte de la définition donnée par l'article 1347 du commencement de preuve par écrit : « On appelle ainsi tout acte par écrit qui est » émané de celui contre lequel la demande est formée, ou » de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le » fait allégué. »

Dans l'ancienne jurisprudence, et surtout à une époque très-rapprochée de l'ordonnance de Moulins, on n'exigeait pas, comme aujourd'hui, que le commencement de preuve eût le caractère d'un aveu, c'est-à-dire qu'il émanât du défendeur. L'ordonnance étant considérée comme exorbitante, on voyait avec faveur tout moyen d'en éluder l'application. Mornac (*ad leg. certi*, § *quoniam*, ff. *de reb. cred.*) s'exprime en ces termes : ***Prohibita non est edicto regio probatio per testes in summâ quæ centum libras superat, si vel tantillum scripto, cui fides adhibeatur, de re controversâ constiterit, cùm summum illud jus invectum sit in mores Gallicos ob testium facilitatem.*** C'est ainsi qu'un arrêt rapporté par Vrevin (sur l'article 54 de l'ordonnance de Moulins) vit dans une reconnaissance émanée de la veuve un commencement de preuve contre les héritiers du mari. L'ordonnance de 1667, si elle ne confirma pas cette jurisprudence, ne la condamna pas non plus, puisqu'elle ne fit que mentionner (titre 20,

art. 3) le commencement de preuve par écrit, sans le définir. Les auteurs les plus exacts, notamment Danty (additions sur Boiceau, part. II, chap. 1), et Pothier (*Oblig.*, n° 808), enseignèrent bien que l'écrit devait émaner d'une partie intéressée dans la contestation. Mais rien n'obligeait les tribunaux à se conformer à cette opinion, et la cour de cassation juge constamment qu'on peut encore aujourd'hui, pour les espèces nées avant la promulgation du Code, considérer comme commencement de preuve une pièce émanée d'un tiers étranger au litige.

108. La doctrine de Danty et de Pothier, consacrée aujourd'hui par la loi, reçoit encore toutefois de notables exceptions (voyez art. 1335 et 1336). Mais ce n'est pas encore ici le lieu d'examiner les questions si débattues qui s'élèvent sur les actes qui peuvent servir de commencement de preuve, lorsque ces actes émanent de tiers, ou bien lorsqu'ils présentent certains vices de forme. La solution de ces questions suppose nécessairement la connaissance des conditions requises pour qu'un acte fasse foi. Nous la renvoyons en conséquence à nos développements ultérieurs sur les preuves préconstituées. Du reste, le point de savoir quel est l'auteur de l'écrit allégué comme commencement de preuve, ou si l'écrit n'est pas d'une forme telle que la loi le repousse complétement, pourra appeler l'examen de la cour de cassation. Il est évident qu'il n'en saurait être de même quant à l'appréciation du degré de vraisemblance que puise dans l'écrit le fait allégué; une mauvaise décision sur ce point ne constituerait qu'un mal jugé. Il importe cependant de ne pas abuser du pouvoir discrétionnaire qui est laissé au juge sous ce rapport. Aujourd'hui que l'écriture est si usitée dans les relations sociales, si le tribunal se contentait de la note la plus vague pour ordonner l'enquête, les précautions du législateur seraient aisément éludées.

Si l'écrit, pour valoir commencement de preuve, doit généralement émaner de celui à qui on l'oppose, il faut qu'il soit constant qu'il en est effectivement l'auteur. C'est donc encore une erreur grave de qualifier de commencement de preuve par écrit, comme le fait Toullier (5e édition, t. IX, n° 61), des écritures privées qui ne sont ni vérifiées, ni reconnues. Ces écritures ne sont absolument rien, tant qu'on en ignore l'origine, et ce serait faire une véritable pétition de principe que de vouloir corroborer par la preuve testimoniale un aveu dont l'existence n'est pas démontrée. L'illustre professeur de Rennes paraît avoir confondu les témoins appelés quelquefois à la vérification d'une écriture, avec les témoins qui viennent déposer sur l'existence de la convention. Dans le premier cas, les témoins viennent attester non ce que contient l'écrit, mais la confection même de l'écrit dont l'origine est contestée. Dans le second cas, ils viennent attester le fait que l'écrit rend vraisemblable. Ainsi, lorsqu'il s'agit de commencement de preuve par écrit, il peut y avoir deux enquêtes bien distinctes : l'une tendant à établir que l'écrit allégué est de la main de celui à qui on l'attribue ; l'autre tendant à établir, par d'autres dépositions, le fait même de la convention, que cet écrit permet de vérifier par témoins.

Troisième motif d'exception.

Impossibilité de se procurer une preuve littérale.

109. Nous avons déjà fait remarquer que les délits et quasi-délits, aussi bien que le quasi-contrat de gestion d'affaires, étaient placés en dehors de la règle de l'article 1341, et que par conséquent on ne devait pas voir une exception, bien que la loi semble le dire, mais l'application du droit commun dans la faculté de les prouver

par tous les moyens possibles. Les cas véritablement exceptionnels, dont nous allons nous occuper, sont ceux où il s'agit de conventions qu'on n'a pas pu constater par écrit.

110. L'impossibilité physique sera rare dans la pratique. Le Code parle d'accidents imprévus où l'on ne pouvait pas avoir fait des actes par écrit (art. 1348, 3°). Il n'est pas nécessaire de supposer une impossibilité absolue, comme si l'on se trouvait prêter de l'argent à quelqu'un dans un désert, sans avoir aucun moyen d'écrire et loin de toute communication; il suffit qu'il y ait impossibilité locale et momentanée. Si je rencontre une personne dépouillée par des voleurs, je pourrai, avec toute sûreté, lui avancer, en présence de témoins, une somme de plus de cent cinquante francs, pour l'aider à continuer sa route. Sans doute, à toute force, il eût été possible de dresser acte, en faisant venir, s'il le fallait, un officier public; mais l'ordonnance de Moulins n'a pas voulu mettre des entraves aux relations d'humanité et de philanthropie. C'est ainsi que le Code (art. 1348, 2°), reproduisant l'ordonnance de 1667, dispense formellement d'une reconnaissance écrite les dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage. Il n'est pas possible de faire inventaire des effets mobiliers, qui sont remis à la hâte chez des voisins, dans des circonstances où souvent l'intérêt autrement grave du salut des personnes ne permet pas de s'occuper minutieusement des biens. Sous l'empire même de l'ordonnance de Moulins, qui était muette sur cette exception, le parlement de Paris avait admis, par un arrêt du mois d'août 1573, les héritiers d'un protestant à prouver par témoins un dépôt de cette nature, fait par leur auteur au moment où il allait être massacré le jour de la Saint-Barthélemy. Quelques auteurs voulaient aller plus loin, et mettre le dépôt volontaire sur la même

ligne que le dépôt nécessaire. *Velim excipi sacri arcanique depositi causam*, disait Cujas (*Paratit.* Cod., ad tit. *depositi*), exprimant un vœu plutôt qu'une opinion. Mais on a reconnu que les motifs de délicatesse exagérée, qui pouvaient empêcher de se faire donner une reconnaissance, ne sauraient prévaloir sur le danger de rouvrir une porte aux abus que l'on avait voulu proscrire. Aussi l'ordonnance de 1667 et l'article 1341 du Code civil font-ils rentrer expressément dans la prohibition le dépôt volontaire.

111. Il est des cas où l'on aurait pu à la rigueur faire un écrit, mais où la rapidité des transactions est considérée comme entraînant une sorte d'impossibilité morale. C'est ainsi que les dépôts faits dans une hôtellerie ont été assimilés aux dépôts nécessaires, d'abord par la jurisprudence, puis par l'ordonnance de 1667 et par le Code civil. Les voyageurs sont souvent si nombreux et séjournent si peu de temps, qu'il serait singulièrement gênant, et pour eux et pour le maître de l'hôtel, de les astreindre à dresser inventaire de leurs effets. Mais dans ce cas, comme au cas de dépôt nécessaire proprement dit, la facilité accordée par le législateur pourrait donner lieu à de grands abus; aussi a-t-il soin d'ajouter, pour avertir le juge d'être circonspect dans l'admission de pareilles réclamations : *Le tout, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait* (art. 1348, 2°).

On prétend quelquefois qu'il est permis de prouver par témoins, la remise d'objets à un voiturier, comme on y est admis en ce qui touche l'aubergiste; mais cette assimilation est abusive. L'article 1782 dit bien que les voituriers par terre et par eau, sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes; mais autre chose est l'étendue de l'obligation que

l'on suppose constatée, autre chose est la constatation même de l'obligation. Il était de l'intérêt public d'imposer aux voituriers la même responsabilité qu'aux aubergistes; mais, pour cela, il faut préalablement établir la remise des effets. Sur ce point, aucune exception n'a été, ni ne devait être faite. Bien loin de dispenser d'écrire, le Code (art. 1785) prescrit expressément la tenue de registres où l'on doit inscrire tout ce que l'on confie au voiturier; celui qui a traité avec une administration qui n'est pas en règle sous ce rapport, doit s'imputer de n'avoir pas pris la précaution d'exiger au moins un reçu spécial.

112. Il y a aussi impossibilité morale, constatée par l'usage journalier, en ce qui touche les opérations commerciales, dont la rapidité et l'économie seraient singulièrement compromises par la nécessité de l'écriture. Le Code civil s'était contenté de faire un renvoi à cet égard. Nous avons déjà vu que le projet de Code de commerce avait voulu supprimer cette ancienne prérogative des juridictions consulaires, qui les plaçait en dehors de l'ordonnance de Moulins; mais que les réclamations unanimes des intéressés avaient fait renoncer à cette innovation. Bien que l'article 105 du Code de commerce semble n'autoriser le tribunal à admettre la preuve testimoniale que pour les *achats et ventes*, on est d'accord aujourd'hui pour généraliser l'application de ce texte, qui ne cesse que là où le droit commercial même établit des règles particulières sur la preuve.

113. Si l'impossibilité, même simplement morale, de se procurer un écrit lors de la convention, suffit pour rendre l'enquête admissible, il doit en être de même, à plus forte raison, quand l'écrit, après avoir été dressé suivant le vœu de la loi, se trouve perdu par suite de quelque accident (art. 1348, 4°); il y a là une impossi-

bilité absolue *ex post-facto* de produire une preuve littérale. Justinien, dans la loi 18 au Code *de testibus*, avait eu soin de faire exception pour ce cas aux règles qu'il avait établies pour la preuve de la libération. *Sin vero facta quidem per scripturam securitas est, fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.* L'empereur a soin de faire remarquer qu'il faut, avant tout, prouver l'accident qui a été la cause de la perte, *causam peremptionis probantibus;* accident qui laisse ordinairement des traces extérieures, et qui, de droit commun, est susceptible de la preuve testimoniale. Autrement, s'il suffisait de faire venir des témoins qui déclarassent avoir vu tel écrit, en alléguant que cet écrit a disparu ultérieurement, toutes les restrictions relatives à la preuve testimoniale deviendraient illusoires. Le point fondamental de l'enquête, c'est la perte du titre; ce n'est qu'autant que cet événement est bien établi qu'on arrivera par nécessité à entendre des témoins sur la teneur de l'acte perdu. Le système contraire ne constituerait pas seulement un mal jugé; il violerait la loi, aux termes d'un arrêt de cassation du 7 ventôse an XI.

On est recevable du reste à prouver la perte, même lorsque l'écriture était requise pour la validité de l'acte. Un cas fortuit ne peut anéantir les droits de celui qui a fait tout ce qu'il était humainement possible de faire pour obéir à la loi. Mais alors on décide avec raison que les dépositions des témoins ne peuvent suppléer l'écrit, qu'autant qu'elles attestent l'accomplissement apparent des solennités requises; c'est ainsi qu'on a jugé par arrêt de cassation du 10 février 1807, que des témoignages qui reproduisaient les dispositions d'un testament,

sans constater qu'il réunissait les conditions voulues par la loi, ne pouvaient autoriser les tribunaux à exécuter ce testament, dont on alléguait la perte. On sent du reste avec quelle circonspection les juges devront toujours procéder en de pareilles affaires, où ils marchent véritablement sur des charbons ardents. Combien ne devront-ils pas être sûrs de la délicatesse et de la gravité des témoins, pour reconstruire ainsi, sur la foi de souvenirs fugitifs, des actes que la sollicitude du législateur avait cru devoir entourer de tant de formes!

114. En s'attachant à cette idée, qu'il est permis de constater par témoins, vu la nécessité, le contenu d'un acte perdu ou détruit, fût-il authentique, on arriverait à reconnaître qu'on peut prouver de cette manière l'existence même d'un jugement criminel. Mais le législateur a reculé devant l'admission de la preuve testimoniale pour vérifier d'aussi importantes décisions. Reproduisant en partie les dispositions du Code du 3 brumaire an IV (voy. ce Code, art. 548 et suiv.), le Code d'instruction criminelle (liv. II, tit. IV, ch. VII) trace des règles spéciales pour le cas de perte des pièces d'une procédure, en matière criminelle ou correctionnelle [1]. D'après l'article 523 de ce Code, s'il n'existe plus d'expédition ni de copie authentique de l'arrêt de la cour d'assises, mais que la déclaration du jury existe encore, on procède, d'après cette déclaration, à un nouveau jugement. Bien plus (art. 524, *ib.*), si on ne peut retrouver, soit la déclaration du jury, soit le jugement, dans les affaires qui ne sont pas soumises au jury, l'instruction est recommencée à partir du point où les pièces se trouvent man-

[1] En matière de simple police, les peines sont si peu importantes, qu'il est bien difficile de supposer la perte du jugement avant que l'exécution soit achevée. En tout cas, des instructions de cette nature ne devraient pas être recommencées, et la perte profiterait au condamné.



quer. Ces dispositions constituent une grave dérogation à la maxime *non bis in idem*, puisqu'elles autorisent à rejuger, peut-être *in pejus*, une affaire définitivement terminée. C'est peut-être le seul cas où le législateur lui-même confond expressément et volontairement la preuve avec le fond du droit. Jamais les jurisconsultes romains n'auraient admis que le défaut de preuve d'une condamnation fût un motif pour recommencer l'instance. Si on s'attachait aux règles ordinaires, ce serait au ministère public, qui veut faire exécuter la condamnation, à en établir l'existence et la nature; jusque-là, on devrait présumer l'acquittement ou l'absolution. Toutefois le Code des délits et des peines (art. 553) ajoutait au système qu'il avait introduit, un tempérament qui rentrait un peu dans le droit commun. « Dans le nouveau débat, il peut » être produit des témoins tant par l'accusateur public » que par l'accusé, pour rendre compte des circonstances » et du résultat de la déclaration du jury et du jugement » égarés, sauf aux jurés à y avoir tel égard que de rai» son. » Mais, quelque raisonnable qu'il puisse être en soi de chercher à rétablir le jugement, avant de songer à le refaire, cette disposition n'ayant pas passé dans le Code d'instruction criminelle, qui ne dit rien de semblable, il faudra bien, pour se conformer à la loi, recommencer la procédure comme nouvelle, sans s'enquérir du passé.

Ce système exorbitant s'applique (inst. crim., art. 521) au cas où il n'existe ni minute, ni expédition d'un arrêt *non encore exécuté*. Cela doit s'entendre d'une exécution consommée, que l'on doit toujours présumer régulière. Mais si elle n'était que commencée (ce qui peut avoir lieu pour les peines autres que la peine de mort, qui se composent de faits successifs), on ne saurait la continuer, en l'absence de documents authentiques propres à justifier

de la nature et de la durée de la peine. Il faudrait alors refaire une nouvelle instruction, comme si l'exécution n'avait pas même été entamée. Car il n'est pas à croire qu'on ait eu en vue seulement cette dernière hypothèse, qui embrasse une période trop courte pour que la perte du jugement puisse facilement s'y réaliser. Du reste ces mots *non exécutés* prouvent que, dans la pensée de la loi, il s'agit d'une condamnation; les ordonnances d'acquittement et les arrêts d'absolution s'exécutent sur-le-champ (*ib.*, art. 358). Il ne peut donc être question de renouveler le procès qu'à l'égard de ceux qui se trouveraient entre les mains de la justice en vertu d'une condamnation dont la preuve viendrait à manquer. Quant à ceux qui seraient retenus pour autre cause, ou qui auraient été mis en liberté, il est évident qu'on ne saurait les placer dans l'alternative de prouver soit un acquittement, soit une absolution, ou bien de subir de nouvelles poursuites. On voit que, si la rigueur du système adopté peut entraîner quelquefois l'aggravation après coup d'une condamnation définitive, jamais du moins il ne replacera sous le coup d'une accusation celui qui aura été affranchi de toute poursuite. Enfin la régularité de notre administration judiciaire rendra heureusement fort rare l'application de ce chapitre du Code d'instruction criminelle (voyez cependant l'espèce citée par Legraverend, *Traité de la législation criminelle en France,* chap. XIV).

Quatrième motif d'exception.

Consentement de l'adversaire.

115. Après avoir constaté les cas où cesse l'exclusion de la preuve testimoniale en matière conventionnelle, nous avons à nous rendre compte du caractère même de cette exclusion. Est-ce là une de ces règles d'ordre public, aux-

quelles la volonté des parties ne peut déroger (Code civil, art. 6)? Cette question, agitée depuis le seizième siècle, n'a pas été tranchée par nos Codes modernes. Aussi serait-on tenté d'adresser ici au législateur le reproche d'incurie que lui fait d'Argentré en pareille circonstance : *Admirabilis principum socordia, qui de his tamdiu patiuntur dubitari, de quibus uno verbo constituere poterant!*

L'opinion suivie autrefois par le plus grand nombre des arrêts consistait à s'attacher à ces expressions des ordonnances, reproduites par l'article 1341 du Code : *Il n'est reçu aucune preuve par témoins;* pour soutenir que la prohibition s'adresse directement au juge. Le motif de la corruption des témoins est sans doute, dit-on, inapplicable, quand la partie adverse consent à les tenir pour bons. Mais l'autre motif, le danger de multiplier les procès, subsiste dans toute sa force. La disposition est donc d'ordre public.

On conçoit jusqu'à un certain point cette jurisprudence rigoureuse, à une époque où la doctrine de l'ordonnance de Moulins était encore nouvelle et n'avait pas encore passé complétement dans les mœurs judiciaires. Le consentement à l'enquête pouvait alors être considéré comme une affaire de routine, plutôt que comme une concession sérieuse. Mais, depuis que les exigences de la loi sur la preuve écrite sont devenues familières aux plaideurs, il est plus difficile de ne pas voir une sorte d'aveu de la part de celui qui consent à laisser entendre les témoins. Or il ne faut pas perdre de vue que les conventions verbales sont parfaitement valables au fond, et qu'un commencement de preuve par écrit suffirait pour autoriser l'enquête. Eh bien! le consentement donné en justice n'a-t-il pas autant de force que l'indice, souvent si léger, qu'on puise dans un commencement de preuve? L'argument qu'on tire de ces mots : *il ne sera reçu,* etc., est bien

faible ; car de ce que le texte, dans sa rédaction, s'adresse au juge, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'ordre soit absolu, et que la défense de recevoir la preuve s'applique même au cas où la partie intéressée à la repousser déclarerait l'admettre. Il faut toujours en revenir à la question de fond. L'ordre public est-il ici directement en jeu? Sans doute la disposition dont il s'agit se rattache à des considérations d'ordre public ; mais n'en est-il pas de même du principe que nul ne peut être distrait de ses juges naturels, principe auquel il est pourtant facultatif de renoncer (Code de proc., art. 169)? Pour que toute convention contraire soit nulle, il faut que la loi soit telle qu'on ne puisse s'en écarter sans détruire le but qu'elle s'est proposé, comme lorsqu'il s'agit de l'obligation de rédiger les conventions matrimoniales avant le mariage. Mais ici rien de pareil. Tout ce que l'intérêt public exige, c'est que la faculté de s'opposer à l'enquête soit toujours une arme à la discrétion des parties, mais non que les parties soient tenues de s'en servir. Et par cela seul que la constatation de pareilles conventions dépendra toujours de la bonne foi de l'adversaire, il est peu à craindre que l'on s'y fie d'habitude, et que de tels procès soient bien fréquents. Cette opinion, déjà suivie jadis par Jousse et par Duparc Poullain, auteurs si judicieux et d'un esprit si pratique, paraît prendre faveur dans la jurisprudence. Deux arrêts, l'un de la cour de Bourges, du 16 décembre 1826, l'autre de la cour de Rennes, du 25 février 1841, ont jugé expressément que le consentement du défendeur autorisait l'enquête ; et par un arrêt de rejet du 1er février 1832, la cour de cassation a décidé que la partie qui a acquiescé au jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête, est non recevable à l'attaquer après le jugement définitif. Une doctrine opposée sur ce dernier point, doctrine qu'il est difficile de ne pas admettre dans

le système de l'exclusion absolue, permet au défendeur d'obtempérer en apparence à une enquête frustratoire, en se réservant la faculté de l'attaquer, si elle lui est défavorable, et de tout remettre en question. Or l'on retombe précisément alors dans ces involutions de procédures, que l'on cherchait par dessus tout à éviter.

§ 3. Cas où l'exclusion a plus d'étendue.

116. Si le législateur a souvent fait cesser pour de justes motifs la rigueur du principe qui n'admet pas la preuve testimoniale des conventions, quelquefois aussi il l'a aggravée en repoussant les témoins, quelque modique que soit la valeur du litige. Alors évidemment il n'a plus en vue le danger de la subornation, mais seulement la crainte de la multiplication des procès. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1715 du Code, on ne peut prouver par témoins un bail qui n'a reçu aucune exécution. Il fallait tarir la source d'innombrables contestations dans une matière aussi usuelle. C'est ainsi encore que le contrat de transaction (art. 2044 du Cod. civ.) doit être *rédigé par écrit:* ce qui ne veut pas dire que l'écrit soit de la substance de la transaction, car on pourrait avouer utilement une transaction verbale; mais bien qu'on ne peut recevoir la preuve par témoins d'une transaction, quelle qu'elle soit, parce qu'il implique contradiction qu'un acte destiné à trancher toute contestation soit lui-même l'objet d'une vérification difficile. Ce motif, du reste, étant tout aussi vrai en matière commerciale, et la transaction n'étant rien moins qu'un acte de commerce, la décision, suivant nous, devrait être la même.

117. Quoi qu'il en soit de cette question spéciale, il est certain qu'il existe des contrats commerciaux, pour lesquels la loi a cru devoir, non-seulement supprimer la

latitude ordinairement accordée à la juridiction consulaire, mais encore exclure la preuve testimoniale pour les valeurs où elle est admise de droit commun. C'est ainsi que certains contrats maritimes, notamment le contrat d'assurance et le contrat à la grosso (Code de comm., art. 311, 332), doivent être *rédigés par écrit.* Ces expressions étant les mêmes qui ont été employées pour la transaction, il est difficile de croire qu'on ait voulu y attacher ici un autre sens. Nous ne pouvons donc partager l'opinion des auteurs qui considèrent ces contrats comme solennels, et nous admettrions à leur égard l'aveu et le serment, ainsi qu'on les admet en ce qui touche la transaction et le bail non exécuté.

118. En serait-il de même pour les sociétés commerciales autres que l'association en participation, laquelle se prouve par tous les moyens possibles? Il est impossible de le croire, en présence de l'article 42 du Code de commerce, qui exige non-seulement un écrit, mais même des publications, à peine de nullité à l'égard des intéressés. Toutefois, le même article ajoute que le défaut d'aucune de ces formalités ne peut être opposé à des tiers par les associés. Ainsi le principe qui exige certaines solennités pour que l'existence d'une société commerciale soit reconnue, s'applique dans toute sa rigueur, soit lorsque les associés veulent opposer à des tiers l'existence de la société, soit même lorsqu'ils veulent s'en prévaloir les uns vis-à-vis des autres. Mais, lorsque des tiers agissent contre les associés à raison de la société, on retombe dans le droit commun en matière de commerce, c'est-à-dire qu'on a une latitude indéfinie pour la preuve. Il serait assez raisonnable, on doit l'avouer, d'admettre également, dans les rapports respectifs des associés, que nul ne peut se prévaloir d'une faute qui est commune à tous. Malheureusement le conseil d'État n'a pas tenu compte

des réclamations qu'avait suscitées l'ordonnance de 1673, conçue dans le même sens, qui avait fini même par tomber en désuétude sur ce point (voy. Pothier, *Société*, n 82). C'est en connaissance de cause qu'il a maintenu la sanction exorbitante de la nullité de la convention.

Toutefois, par un tempérament équitable, on ne décide pas ici ce qu'on déciderait pour un acte vraiment solennel, pour un contrat de mariage, par exemple, qui ne serait pas revêtu de l'authenticité : contrat qui ne produirait aucun effet ni pour le passé ni pour l'avenir. On reconnaît qu'il y a eu, jusqu'au jour où la nullité est prononcée, une communauté de fait, qui se liquide d'après les bases dont les parties étaient convenues (voy. arr. de rejet du 13 juin 1832). Le désir d'éluder les conséquences iniques de la décision légale a quelquefois entraîné la jurisprudence plus loin encore. Des cours royales (voyez arr. de Grenoble du 21 juillet 1823, et de Bordeaux du 16 décembre 1829) et la cour de cassation elle-même (arr. de rejet du 6 juin 1831) ont décidé que la nullité était couverte entre associés par l'exécution volontaire des conventions sociales. Pour approuver cette fin de non recevoir, il faudrait considérer la nullité comme n'étant que dans l'intérêt privé des membres de la société; mais alors on court risque de trop prouver; car, s'il ne s'agit que de cet intérêt respectif, la nullité même est sans but, puisque les associés n'ont besoin d'aucune manifestation extérieure pour être instruits de la convention qu'ils ont formée. La nullité n'a pu être introduite que parce qu'on l'a considérée comme d'ordre public, pour assurer, par une sanction énergique, l'observation des formes exigées. Il faut donc souscrire, bien qu'à regret, à la doctrine consacrée par d'autres arrêts (arr. de Toulouse du 25 juillet 1834, et arr. de rejet du 30 janvier 1839) d'après lesquels la nullité ne peut se couvrir par une ratification expresse ou tacite.

Si la jurisprudence cherche à atténuer la rigueur de l'article 42 du Code de commerce, quant aux rapports des associés entre eux, elle regarde au contraire comme si favorable la disposition de ce même article, qui ne permet pas aux associés de se prévaloir, vis-à-vis des tiers, de l'omission des formalités, qu'elle tend à l'appliquer même aux sociétés civiles. Telle est la doctrine d'un arrêt de rejet de 23 novembre 1812, suivant lequel l'article 1834 du Code civil, qui veut la rédaction par écrit au-dessus de cent cinquante francs, ne pourrait être opposé aux tiers qui auraient contracté avec une société publiquement connue, quel qu'en fût le caractère. Bien qu'il soit dangereux d'argumenter du droit spécial au droit commun, il faut convenir qu'il y a dans ces deux hypothèses même raison de décider. Quand une association quelconque, eût-elle pour objet des spéculations immobilières, comme l'exploitation d'une mine, a fonctionné pendant un certain temps au vu et au su de tous, il serait extrêmement dur de subordonner à la représentation d'un acte social écrit, la validité des engagements qu'elle a contractés avec les tiers. Il ne s'agit pas ici d'un fait qui se soit passé en quelque sorte dans un instant indivisible, comme le prêt d'une somme d'argent, mais bien d'une série d'opérations constituant à l'égard de la société une sorte de possession, qui peut sans danger être constatée contre elle à l'aide de la preuve testimoniale.

DEUXIÈME DIVISION.

RESTRICTIONS SPÉCIALES EN MATIÈRE DE QUESTIONS D'ÉTAT.

119. Nous avons dit qu'outre l'exclusion de la preuve testimoniale en matière conventionnelle, qui remonte à l'ordonnance de Moulins, il y avait, dans notre droit, en matière de questions d'état, des exclusions puisées dans des motifs un peu différents, et dont la nature et l'étendue sont loin d'être les mêmes. Ces exclusions ne sont point des corollaires de celle prononcée par l'ordonnance de Moulins; elles proviennent généralement de décisions postérieures, quelques-unes mêmes du Code civil seulement.

120. Bien qu'on tînt à Rome, au moins pour les naissances, des registres réguliers, à partir du règne de Marc Aurèle (voyez *Julius Capitolinus*, vie de Marc-Aurèle, § 9), il paraît certain qu'on y admit toujours la liberté indéfinie de la preuve testimoniale en matière de questions d'état. *Si vicinis vel aliis scientibus,* dit l'empereur Probus (l. 9, au Code *de nuptiis*), *uxorem liberorum procreandorum causâ domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideò minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam habet potestatem.* Une seule dérogation à cette extrême latitude paraît avoir été introduite en ce qui touche l'ingénuité, à laquelle les Romains attachaient une haute importance (voir, au Digeste, le titre *de collusione detegendâ*); de même qu'aujourd'hui, en Amérique, il existe un préjugé enraciné dans les mœurs contre les *hommes de couleur*. La preuve orale ne pouvait

suffire pour établir l'état d'ingénu. *Si tibi controversia ingenuitatis fiat*, dit Alexandre Sévère (l. 2, Cod. *de testib*), *defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt*[1].

121. Dans notre droit moderne, quand on a établi des règles fixes pour constater l'état des personnes, la preuve testimoniale a été écartée, non pas brusquement, comme l'ordonnance de Moulins l'avait fait pour les conventions, mais successivement, partiellement, et avec de nombreuses distinctions, suivant la nature des cas. Pour éviter toute confusion en cette matière, il importe de traiter à part, d'abord la naissance et le décès, qui sont de simples faits, puis le mariage et la filiation, qui constituent des relations sociales. On sent que la loi a dû être plus facile pour la première nature de faits que pour la seconde, pour les questions d'état proprement dites. Nous verrons ensuite que, même pour ces dernières questions, la preuve repose sur des principes tout différents, suivant qu'il s'agit de mariage ou de filiation.

§ 1. Naissances et décès.

122. Les actes de l'état civil sont sans doute les moyens réguliers de prouver la naissance et le décès, mais il n'était guère possible d'exiger d'une manière absolue l'existence d'un écrit pour constater des faits aussi peu complexes (en laissant de côté tout ce qui touche à la filiation). Nous allons voir que les témoins peuvent généralement être entendus dans les diverses hypothèses où les actes de naissance ou de décès viennent à manquer, soit que les

[1] Les registres institués par Marc-Aurèle avaient surtout trait aux questions de liberté ou d'ingénuité, *ut si fortè aliquis*, dit Julius Capitolinus (*loc. cit.*), *causam liberalem diceret, testationes indè fierent.*

registres aient été perdus, soit qu'il n'en ait pas été tenu, soit même que l'on ait omis d'y mentionner les faits en question.

123. Le cas de perte des registres rentre dans l'hypothèse plus générale de la perte du titre. En admettant alors la preuve par témoins, aussi bien que par papiers domestiques, l'article 46 du Code civil ne fait qu'appliquer le principe qui autorise, vu la nécessité, le rétablissement, à l'aide d'une enquête, du contenu d'un acte détruit par force majeure, fût-il solennel. La perte des registres, assez rare dans les temps modernes, s'est réalisée à Soissons, en 1814, par suite des événements de la guerre, et la recomposition en a été opérée en vertu d'une ordonnance du 6 janvier 1815. La jurisprudence et la doctrine sont du reste d'accord pour assimiler à la perte totale des registres celle de la partie où devait se trouver l'acte destiné à servir de preuve.

124. S'il n'a pas été tenu de registres, on arrive à la même solution (même article 46) par un autre motif, c'est qu'il y a eu impossibilité de dresser acte de l'événement, quand il a eu lieu. L'impossibilité sera physique, quand les communications auront été interrompues, par exemple, au cas d'inondation. Elle ne sera, il est vrai, que morale, quand il y aura eu négligence de la part des officiers qui n'auront pas tenu de registres. Mais on ne peut exiger que les parties intentent un procès à ces officiers, pour les mettre en demeure d'exécuter la loi.

125. Enfin, le cas le plus délicat, c'est celui où on a omis de mentionner la naissance ou le décès sur des registres qui ne présentent du reste aucune trace de destruction ou d'altération partielle. Ici, sans doute, si on était sous l'empire de la règle de l'article 1341, on devrait décider qu'il a pu être dressé acte, et que dès lors les témoins ne sauraient être admis. On invoque de plus en

ce sens l'argument *à contrario*, tiré de l'article 46, qui ne prévoit que les cas de perte et de non-existence des registres. On tire un argument de la même nature de l'article 19 du décret du 3 janvier 1813, qui, pour les accidents arrivés dans l'exploitation d'une mine, autorise exceptionnellement à dresser acte, sans s'être fait représenter les corps. Mais ces raisonnements n'ont aucune force, si on se pénètre bien de l'idée que la preuve testimoniale est de droit commun, lorsqu'il ne s'agit pas de conventions, mais d'événements de l'ordre de la nature. Dès lors l'article 1341 doit être écarté; l'article 46 n'est point limitatif, parce qu'il ne constitue pas une faveur de la loi, mais une déduction forcée des principes généraux, et il faut en dire autant du décret de 1813, qui fournit simplement un moyen de régulariser la preuve du décès. Nous admettrons donc avec la jurisprudence (voir notamment les arrêts de rejet du 22 décembre 1819 et du 1er juin 1830), qu'on peut suppléer même aux omissions des actes de l'état civil, du moins en ce qui concerne la naissance et le décès. Mais il faudra alors, pour établir les faits, une enquête spéciale, ordonnée par le tribunal et dirigée par un de ses membres. On doit considérer comme des concessions tout à fait exceptionnelles, introduites dans l'intérêt du mariage, soit la foi accordée à un acte de notoriété, dressé par le juge de paix, sur la déclaration de sept témoins, pour tenir lieu d'acte de naissance au futur conjoint (Cod. civ., art. 70 et suiv.); soit la faculté de suppléer, au moyen d'une déclaration assermentée des parties et des témoins, à l'acte de décès d'un ascendant dont on ignore le dernier domicile (avis du conseil d'État du 4 thermidor an XIII).

En sens inverse, il existe un avis du 17 germinal an XIII, qui n'autorise les femmes des militaires à convoler en secondes noces, qu'à la condition de représenter

l'acte de décès de leur mari. Faut-il voir ici, comme on le croit généralement, une restriction particulière, destinée à prévenir le danger de bigamie, et applicable dès lors même aux femmes de non militaires ? Remarquons d'abord qu'il ne s'agit pas d'un article de loi, mais d'une interprétation, dont l'autorité ne peut aller au delà de la question proposée. Remarquons de plus, pour bien circonscrire le terrain de la difficulté, que cet avis ne s'applique qu'au cas d'omission sur les registres ; car s'il s'agit de perte, de non-existence, ou de tenue irrégulière, la loi du 13 janvier 1817 (art. 5), qui ne statue, il est vrai, que sur les guerres de la révolution et de l'empire, mais qui pose évidemment en ce point un principe général, autorise à ordonner la preuve testimoniale du décès des militaires, conformément à l'article 46 du Code civil. Or dans cette loi, l'épouse est mentionnée (art. 1er), aussi bien que les héritiers. Bornée au cas d'omission sur les registres, la décision du conseil d'État se justifie pour les militaires par des motifs particuliers. Le grand nombre de décès qui ont lieu simultanément à la guerre prête singulièrement à des erreurs sur l'identité [1]. Le défaut d'inscription, lorsqu'il était tenu des registres réguliers, permet toujours de soulever des doutes sur l'exactitude du fait, et ces doutes doivent suffire pour empêcher le convol. Le danger est moindre pour les décès ordinaires, où les circonstances peuvent être telles qu'il ne s'élève pas l'ombre d'un doute sur l'identité. On ne peut donc argumenter *à pari* de l'avis du 17 germinal an XIII. En l'absence d'un texte prohibitif, les tribunaux seront fondés à autoriser un second mariage, si le fait de la mort résulte de témoignages précis et concordants. Leur décision sur ce point ne pourrait, suivant nous, constituer

[1] C'est pour cela que le Code civil (art. 96) exige trois témoins pour les actes de décès dressés à l'armée.

tout au plus qu'un mal-jugé. Mais on sent qu'ils doivent user avec sobriété d'un pouvoir aussi délicat.

§ 2. Mariage.

126. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un événement de la nature qui s'accomplit dans un instant donné, comme la naissance et la mort, mais d'une relation qui est destinée à se perpétuer, comme le mariage et la filiation, on conçoit (indépendamment de l'acte) deux voies bien distinctes pour arriver à la preuve. L'une consiste à établir directement le fait générateur de la relation, la célébration du mariage, la paternité ou la maternité. L'autre consiste à établir indirectement cette même relation, en rassemblant les faits qui la rendent vraisemblable, et en les groupant en quelque sorte en faisceau, pour vérifier le droit au moyen de l'exercice du droit, la propriété au moyen de la possession. C'est ce qu'on appelle prouver la *possession d'état*, tandis que, dans le premier mode, on démontre directement la propriété, pour ainsi dire, de ce même état. Le mérite respectif de ces deux modes de preuves varie essentiellement, suivant qu'il s'agit du mariage ou de la filiation, que nous allons aborder successivement. Et nous nous rendrons du reste aisément compte de cette diversité de solutions.

127. Pour le mariage, dont nous traitons en premier lieu, c'était souvent au moyen de la possession d'état qu'il se vérifiait à Rome. En effet nous savons qu'aucune convention solennelle, avec telle ou telle forme, n'était requise, et que l'*uxor* ne se distinguait de la *concubina* que par la nature plus relevée de l'affection qu'on lui témoignait. Lors donc qu'on ne pouvait justifier de cérémonies spéciales (*nuptiæ*), on était admis à rechercher après coup la volonté des parties dans le caractère que présentait

leur union aux yeux de la société; à analyser les effets pour remonter à la cause.

Au moyen âge, le droit canonique, qui réglait les conditions du mariage, permettait de le contracter par *paroles de présent*[1] (*verba de præsenti*), lesquelles n'exigeaient aucune cérémonie particulière. La bénédiction nuptiale n'était requise que pour le sacrement, et le mariage des infidèles mêmes n'avait pas besoin d'être renouvelé, lorsqu'ils entraient dans l'Église. Telle est la doctrine précise de saint Thomas d'Aquin. Comme il n'était pas possible de s'en rapporter uniquement à la mémoire de ceux qui avaient entendu les paroles de présent, on devait encore souvent, à cette époque, constater la légitimité de l'union par la nature des relations des personnes, qui s'étaient toujours traitées, que l'on avait toujours considérées comme mari et femme. Cette doctrine était encore en pleine vigueur après la promulgation de l'ordonnance de Moulins; car, bien que le mariage repose sur une convention, il a toujours été soumis à des règles spéciales. Boiceau (Part. I, ch. IV) admet encore indéfiniment les témoins, soit qu'il s'agisse de la preuve directe, *cùm Caius, præsentibus et consentientibus parentibus et vicinis, accepit Caiam in uxorem;* soit qu'il s'agisse de la preuve indirecte, *cùm publicè tenuit eam et aluit in uxorem, vicinis scientibus*.

La première de ces preuves fut repoussée définitivement par l'ordonnance de 1639, art. 7, qui renouvelait et complétait des règlements antérieurs mal exécutés, notamment l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579. Il y fut défendu à tous juges de recevoir la preuve par témoins de promesses faites par paroles de présent, de-

[1] Par opposition aux paroles de futur, qui emportaient seulement promesse de mariage.

vant les parents et amis, et enjoint de dresser acte de la célébration faite publiquement en face d'église. Quant à la preuve tirée de la possession d'état, on disait bien, en général (voy. Danty, sur Boiceau, *loc. cit.*), que, depuis que le consentement dénué des formes requises ne pouvait plus constituer une union légale, cette possession, dénuée de tout autre adminicule, était plutôt la preuve de la débauche et du scandale que celle d'un mariage contracté. Toutefois, dans des circonstances très-favorables, on en revenait encore quelquefois à l'ancienne doctrine[1]. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris du 7 janvier 1676 reconnut à une femme, qui ne pouvait produire d'acte de célébration, la qualité de veuve d'un procureur, à raison d'une possession d'état de trente-neuf ans. De plus, et indépendamment de la disposition de l'ordonnance de 1667 (tit. 20, art. 17), qui autorisait la preuve par témoins en cas de perte ou de non-existence des registres, comme l'article 46 du Code civil l'autorise encore aujourd'hui, on regardait la possession d'état, ou un commencement de preuve par écrit, comme des bases suffisantes pour autoriser l'admission de cette preuve.

128. Aujourd'hui, il ne peut plus être question des *paroles de présent*, devenues tout à fait étrangères à nos mœurs. La possession d'état, à une époque où l'agglomération de la population dans les grandes villes est si considérable, et où il est si facile de se déplacer, prêterait singulièrement à la fraude.

[1] La jurisprudence des parlements au dernier siècle admit même, d'une manière générale, la preuve par possession d'état des mariages protestants, pour lesquels aucune forme n'avait été reconnue, et qui avaient été, suivant le langage du temps, *célébrés au désert*. Cette jurisprudence était fondée sur une sorte de nécessité sociale. Car il y avait, dès 1740, à ce que nous rapporte Elie de Beaumont, plus de *quatre cent mille mariages* de cette nature.

Du reste, ne plus faire produire à cette possession les effets qu'elle produisait jadis, ce n'est pas, à proprement parler, introduire une restriction à l'admissibilité de la preuve testimoniale. Aujourd'hui, comme autrefois, on peut très-bien mettre au jour, au moyen d'une enquête, les relations maritales qui existent entre deux personnes. Ce qui est contesté, c'est que ces relations elles-mêmes doivent faire présumer un mariage régulier. Les témoins sont toujours aptes à prouver les faits; mais les faits ne sont plus concluants aux yeux de la loi. *Frustra probatur quod probatum non relevat.* « La possession d'état, » dit l'article 190 du Code, ne pourra dispenser les pré- » tendus époux qui l'invoqueront respectivement, de re- » présenter l'acte de célébration du mariage devant l'of- » ficier de l'état civil. » En effet, il est difficile d'admettre que celui des prétendus époux qui agit contre l'autre, ne puisse se rappeler le lieu où le mariage aura été contracté. Qu'il l'indique, et, sauf le cas d'accident, la vérification sera facile. C'est là le vice fondamental de la possession d'état, lorsqu'il existe des registres en bonne forme. Et il est à remarquer que, dans l'affaire de 1676, la prétendue veuve avait précisé le lieu et la date de son mariage, et que, vérification faite sur le registre de la paroisse désignée, on ne trouva aucune trace d'un mariage célébré à l'époque désignée entre les parties. Ainsi il est assez probable que la possession d'état de trente-neuf ans n'était qu'une fraude habilement prolongée.

Le même motif ne saurait être invoqué à l'égard des enfants, qui peuvent fort bien ignorer le lieu où leurs parents se sont mariés [1]. Aussi sont-ils autorisés à alléguer

[1] Nous n'avons pas à nous occuper ici de l'autre effet de la possession d'état (*ib.*, art. 196), qui consiste à rendre les époux non recevables à demander la nullité d'un acte irrégulier, mais corroboré par cette possession. Il ne s'agit plus là d'un mode de preuve, car l'irrégularité n'est

la possession d'état de leurs auteurs, pour fonder leur légitimité, lorsque rien dans leur acte de naissance ne vient contredire cette prétention (Code civ., art. 197). Mais, pour cela, il faut que les deux époux soient décédés, ou du moins (car on doit interpréter la loi de manière à ce qu'elle soit raisonnable) absents ou incapables de manifester leurs pensées. Dès que l'un d'eux est vivant et capable, il faut l'interroger sur le lieu de la célébration. On ne doit pas même distinguer s'il a ou non des intérêts contraires à ceux de son enfant. Le législateur n'a pu supposer que, par une réticence frauduleuse, un père voulût faire descendre un enfant légitime au rang de batard (voir en ce sens un arrêt de Toulouse, du 24 juillet 1826).

129. En ce qui touche la preuve directe par témoins de la célébration publique du mariage, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit du cas de perte des registres, en parlant des naissances et des décès. On pourrait peut-être douter de l'admissibilité de cette preuve, quand il n'a pas été tenu de registres. Le mariage, dirait-on, n'étant pas un fait de l'ordre de la nature, mais un acte astreint à certaines formes, en l'absence de ces formes il n'y a absolument rien. C'est ainsi qu'il serait impossible de faire un contrat de mariage dans une localité où il n'y aurait pas de notaire. Mais cette opinion rigoureuse serait contraire à l'article 46 du Code, ainsi qu'à l'article correspondant de l'ordonnance de 1667. On ne peut imputer aux parties de s'être conformées à la pratique des officiers civils de leur commune, sauf la responsabilité de ces officiers. D'ailleurs le mariage n'est pas

nullement douteuse; mais d'une fin de non-recevoir contre la demande en nullité pour vice de forme, de même que la cohabitation pendant six mois est une fin de non-recevoir contre la demande en rescision du consentement pour erreur ou pour violence (*ib.*, art. 181).

un contrat littéral ; son essence n'est pas dans l'acte écrit, mais dans le consentement publiquement donné devant l'officier civil compétent (*ib.*, art. 165). C'est ce qui ressort du texte de l'article 75 du Code, où nous voyons l'officier civil prononcer que les parties *sont unies par le mariage*, puis *en dresser acte;* ce qui indique bien que l'acte ne sert que pour la preuve, et telle était aussi la doctrine de Pothier (voir son *Traité du contrat de mariage*, n° 378).

Mais, si nous nous plaçons en dehors des termes de l'article 46, c'est-à-dire s'il existe des registres bien tenus, sans altération apparente, il n'est pas possible d'admettre ici l'enquête, comme nous l'avons fait pour les naissances et les décès. « Nul ne peut réclamer le titre » d'époux et les effets civils du mariage, » dit l'art. 194 du Code civil, « s'il ne représente un acte de célébration in- » scrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus » par l'art. 46. » Cet article 194 a évidemment pour but d'exclure la preuve testimoniale, toutes les fois qu'on ne peut établir la perte ou la non-existence des registres. Cette décision est en harmonie avec ce qui est statué par la loi en matière de conventions ordinaires. Il y avait un registre régulier, les parties devaient veiller à ce que leur union y fût constatée; tandis que, pour les naissances et les décès, les personnes qui ont intérêt à les prouver ne sont pas, la plupart du temps, les mêmes qui étaient chargées de faire la déclaration [1]. Et qu'on ne dise pas que nous sommes ici en contradiction avec ce que nous avons dit tout à l'heure, que l'écriture n'est pas de l'es-

[1] Aussi ne voyons-nous rien de contraire à notre doctrine dans un arrêt de rejet du 22 août 1831, qui admet les descendants à prouver, par une suite de pièces concordantes, le mariage des personnes dont ils se disent issus, l'acte de mariage ne pouvant être produit. Ces descendants peuvent fort bien, eux, ignorer le lieu de la célébration, et les pièces produites équivalent alors, en leur faveur, à la possession d'état dont parle l'article 197 du Code civil.

sence du mariage. Il est vrai que la prononciation solennelle a pu avoir lieu, et le mariage être contracté par cela même; c'est ainsi que, si l'on a traité sans écrit pour une valeur au-dessus de cent cinquante francs, il y a eu contrat. Mais, dans l'un et l'autre cas, les témoins ne peuvent être entendus; *non jus deficit, sed probatio.* Il est même difficile d'admettre, avec la cour de Bruxelles (arrêt du 20 janvier 1809), que le serment puisse être déféré sur l'existence du mariage, comme sur celle de la convention excédant le taux légal. Nous serons également plus rigoureux que l'ancienne jurisprudence, en n'attribuant aucun effet au commencement de preuve par écrit, afin d'autoriser la preuve testimoniale de la célébration. Rien de pareil ici à ce qui est établi en matière conventionnelle par l'article 1347 du Code, et en matière de filiation par l'article 324 : articles qui ont soin de définir les caractères du commencement de preuve par écrit, lesquels varient suivant l'objet de la preuve. L'esprit de la loi est d'exclure totalement les témoins, s'il n'y a pas eu impossibilité, au moins morale, de faire dresser acte.

130. Une dernière question, que nous traiterons maintenant, bien qu'elle se rattache plutôt à la forme de l'acte, pour ne pas scinder ce qui concerne la preuve du mariage, c'est celle de savoir si une feuille volante, signée par les parties et par l'officier public, ne peut jamais faire foi auprès des tribunaux. La négative, qui est assez généralement adoptée, se fonde sur les termes mêmes de l'article 194 : s'il ne représente un acte de célébration *inscrit sur le registre de l'état civil.* En comparant, dit-on, cet article à la déclaration de 1736, article 9 [1], qui pro-

[1] On cite quelquefois, dans le sens de la nullité, un arrêt du parlement de Paris du 8 juin 1734. Il est vrai que, dans l'espèce, l'acte n'était

nonçait en pareil cas la perte de tous les avantages portés au contrat de mariage, et même, s'il y avait lieu, la privation des effets civils, on doit reconnaître que le législateur n'a fait que rendre plus sévère une sanction déjà existante contre une infraction si dangereuse pour la sécurité des familles. Mais est-il bien constant que toute la force de l'article 194 porte sur ces mots : *inscrit sur le registre de l'état civil?* L'intention de la loi n'aurait-elle pas été seulement de proscrire la preuve testimoniale, en exigeant un acte, lequel régulièrement devait être inscrit sur le registre? Pas un mot dans la discussion au conseil d'état sur cet article n'a trait à la question des feuilles volantes, ni à la déclaration de 1736. Et si nous lisons l'exposé des motifs de Portalis, voici ce que nous y trouvons sur ce point : « On admettait les » mariages présumés avant l'ordonnance de Blois. Cet » abus a disparu : il faut un titre écrit, attesté par des » témoins et par l'officier public que la loi désigne. La » preuve testimoniale et les autres manières de preuves » ne sont reçues que dans les cas prévus par la loi sur » les actes de l'état civil, et aux conditions prescrites » par cette loi. Aucune possession ne saurait dispenser » de représenter le titre. » Évidemment la pensée du législateur se reporte aux genres de preuves, autres que la preuve écrite, et non pas à telle ou telle forme d'écrit. Aujourd'hui que l'on est d'accord pour considérer comme défavorables les demandes en nullité de mariage pour défaut de formes, et que l'on se contente, pour valider la

inscrit que sur une feuille volante. Mais, en lisant le 49e plaidoyer de Cochin, dont le client obtint gain de cause dans cette affaire, il est facile de reconnaître que la question de forme n'était qu'un incident du procès, où il y avait deux moyens de fond très-importants : le défaut de présence du propre curé, et la circonstance que le mariage avait été tenu secret, contrairement aux ordonnances. D'ailleurs l'acte présentait de graves irrégularités, qui le rendaient suspect.

célébration, d'une publicité moralement suffisante, n'y aurait-il pas quelque inconséquence à repousser absolument la preuve du mariage, parce que l'acte invoqué ne faisait pas partie d'un registre? Ne conviendrait-il pas, en ce cas, comme pour les formes du mariage, et ici la preuve se rattache intimement à la forme, de laisser un pouvoir discrétionnaire au tribunal? Telle paraît avoir été la pensée des rédacteurs du Code pénal, qui ne punissent que d'un emprisonnement d'un mois à trois mois et d'une amende de seize francs à deux cents francs, l'inscription sur de simples feuilles volantes; tandis que le fait seul de ne s'être pas assuré du consentement des parents, lors même que les parents auraient effectivement consenti, est puni d'un emprisonnement de six mois à un an, et d'une amende de seize francs à trois cents francs (Code pénal, art. 192 et 193). Comment concevoir cette disparité de peines, si, dans le premier cas, la nullité devait être aveuglément prononcée? Du reste les auteurs qui enseignent qu'il y a toujours nullité, se contredisent en admettant que la suppression de cette feuille volante peut donner lieu à la condamnation aux travaux forcés à temps contre l'officier public (Code pénal, art. 173). Car, si cette feuille ne peut tenir lieu de registre, elle ne prouve absolument rien, puisque le commencement de preuve par écrit n'est pas admis en matière de mariage, et dès lors on peut la détruire sans porter préjudice à personne.

131. En résumé, le mariage ne peut jamais être établi indirectement par la possession d'état, sauf une exception en faveur des enfants. On peut le prouver directement par témoins, au cas de perte ou de non-existence des registres, mais non au cas où il existerait des registres régulièrement tenus. Alors c'est aux registres qu'il faut recourir, mais il ne serait pas interdit

au juge d'ajouter foi à une feuille détachée, qui serait revêtue de toutes les formalités requises.

132. Des principes analogues à ceux de la loi française ont été généralement adoptés sur la preuve du mariage par les diverses législations modernes. L'Angleterre est le pays où les anciennes coutumes en cette matière ont laissé les plus fortes traces. On y admet encore la preuve du mariage par commune renommée, bien que, en vertu de statuts récents, des registres réguliers y soient tenus pour les dissidents, indépendamment des registres paroissiaux. Toutefois on fait une distinction bizarre. Quand des droits personnels se rattachent au mariage, il suffit de la possession d'état pour pouvoir les réclamer. Si, au contraire, il est question de droits réels, il faut donner des preuves du mariage suffisantes pour convaincre un jury (voy. Blaxland, *Codex rerum Anglicanarum*, p. 274).

§ 3. Filiation.

133. Si l'on ne consultait ici que le droit commun, on devrait accorder la plus grande latitude à l'enfant qui demande à faire preuve de son origine, puisqu'il ne s'agit pas d'une convention, dont il eût dû dresser acte, mais d'un fait qu'il lui était évidemment impossible de faire constater. Mais la crainte qu'on n'usurpe trop facilement un état à l'aide de témoignages, que la nature occulte des faits permettrait difficilement de contrôler, a fait sacrifier l'intérêt de quelques enfants, qui se trouveraient dépourvus des conditions requises pour la preuve, à celui de la société dont la base repose sur l'intégrité de la famille. Toutefois le danger de la preuve testimoniale ne pouvait être allégué en matière de possession d'état; cette possession, comme la possession proprement dite,

se compose d'éléments publics, dont la vérification n'est guère susceptible de fraude. Aussi avons-nous vu que ce n'est pas pour ce motif qu'elle est repoussée en matière de mariage, mais seulement à cause du caractère équivoque que présente la cohabitation maritale entre deux personnes, en la supposant constante. Ici rien de semblable. Il est extrêmement improbable qu'on nourrisse et qu'on élève comme sien un enfant étranger. Aussi a-t-on reconnu de tout temps que la possession d'état suffisait pour prouver la filiation. Il n'y a de restriction à la preuve testimoniale qu'en tant qu'elle porterait directement sur le fait de la maternité ou de la paternité : constatation trop délicate pour qu'on pût, dans une législation où l'on se défie des témoins, y procéder uniquement à l'aide de dépositions orales.

134. La filiation invoquée peut être légitime ou naturelle. La parenté légitime n'ayant rien que d'honorable pour les personnes auxquelles on l'attribue, la recherche en est bien plus facilement admise que celle de la parenté naturelle. Cette distinction, qui domine la matière, ne repose pas du reste uniquement sur des considérations de moralité et de décence; le soin même que l'on prend d'ordinaire pour dissimuler l'existence d'un enfant naturel laisse planer, sur l'origine de celui qui réclame une filiation de cette nature, des doutes qui semblent ne pouvoir se dissiper qu'au moyen de renseignements non suspects.

1° *Filiation légitime.*

135. La possession d'état suffit, d'après les motifs que nous venons de donner, pour établir cette filiation (Code civil, art. 320). La loi indique (*ib.*, art. 321) les principaux éléments qui constituent cette possession, et qui

peuvent se ranger sous les trois chefs signalés par nos anciens auteurs : *Nomen, tractatus, fama*. Mais la réunion de ces diverses circonstances n'est pas requise, et tout se réduit pour les tribunaux à une question d'appréciation : est-il ou non constant que le réclamant était considéré comme le fils des parents qu'il s'attribue? Et la solution de cette question, quelle qu'elle soit, ne saurait donner prise à la censure de la cour de cassation (arr. de rej. du 19 mai 1830). La possession d'état suffit *à défaut de titre* (mêm. art. 320), en ce sens que l'acte de naissance est le mode ordinaire de preuve de la filiation. Mais il n'est pas nécessaire de supposer ici la perte ou la non-existence de registres, pour que la preuve testimoniale soit admissible, aux termes de l'article 46. Lors même qu'il existe des registres sans altération, la possession d'état a assez de force pour qu'il n'y ait pas lieu de se préoccuper de l'omission, qui est censée alors provenir d'une simple négligence. Toutefois, lorsqu'il n'y a pas de titre conforme à la possession d'état, on est admis à démontrer, s'il y a lieu, que cette possession n'est que la suite de l'erreur et de la fraude.

136. Il en est autrement, s'il y a en même temps titre de naissance et possession conforme à ce titre (*ib.*, art. 322). Quand ces deux modes de preuves se prêtent ainsi un mutuel appui, l'état de l'enfant ne peut être contesté, ni par les tiers, ni par l'enfant lui-même. Cette solution, réclamée par l'intérêt de la stabilité des familles, avait été admise par l'ancienne jurisprudence, au commencement du dix-huitième siècle (voy. le 102e plaidoyer de Cochin, dont les conclusions furent admises par arrêt du 9 avril 1737). Malheureusement, comme ce n'était là qu'un pur point de doctrine qu'aucun texte ne consacrait, la faveur des personnes y faisait quelquefois déroger d'une manière scandaleuse. On a souvent cité la rectification

obtenue par Marie Aurore, de l'acte de naissance, soutenu par la possession, qui la constituait fille légitime de parents obscurs, afin de se faire déclarer fille adultérine du maréchal de Saxe : condition imposée à un brillant mariage, qui fut en effet réalisé. La source de pareils abus est tarie par l'article 322. Ce n'est pas, du reste, que cette disposition soit nécessaire aujourd'hui pour des espèces semblables à celle de Marie Aurore; le principe qui défend de rechercher ou de reconnaître une filiation adultérine couperait court à de pareilles prétentions. Mais l'article est utile, pour empêcher de réclamer même un état dont la preuve serait licite, tel que celui d'enfant naturel simple, ou d'enfant légitime d'autres parents, quand le titre et la possession d'état du réclamant sont également contraires à ses prétentions.

Mais, pour que le concours du titre et de la possession produise cet effet important, il faut que l'identité de la personne, à l'égard de laquelle se réunissent ces deux circonstances, soit bien avérée. S'il y a eu une substitution d'enfant après l'inscription sur les registres de l'état civil, par exemple, durant le séjour chez une nourrice, le concours de la possession et du titre n'est plus qu'apparent, car la possession d'état qu'on invoquerait en faveur de l'enfant substitué, ne serait qu'une erreur. Elle ne se rapporterait pas à l'enfant inscrit sur le registre. Il en serait autrement, s'il n'était pas possible d'isoler la possession du titre, si on n'alléguait qu'une substitution antérieure à la confection de l'acte de naissance. S'écarter en ce cas de la règle tutélaire posée par l'article 322, ce serait, pour venir au secours de quelques positions exceptionnelles, ouvrir la porte à de dangereuses réclamations.

137. Enfin, qu'il y ait possession d'état seulement, ou bien concours de la possession et du titre, il ne faut pas

perdre de vue que la preuve de la filiation ne mène à celle de la légitimité qu'autant qu'il y a mariage entre les parents désignés. La filiation une fois constante, il restera encore deux points à établir : 1_o la célébration d'un mariage entre le père et la mère; 2_o la validité de ce mariage. C'est aux enfants à prouver le fait de la célébration. Et si nous supposons vivants et capables de s'exprimer les deux parents, ou au moins l'un d'eux, les enfants seront obligés, comme toute autre partie intéressée, de faire la preuve directe par écrit, et, dans les cas où la loi le permet, par témoins. Mais, s'il n'existe pas de parents capables qui puissent indiquer le lieu de la célébration, nous avons vu que les enfants étaient admis à fonder la légitimité sur la possession d'état de leurs père et mère, comme mari et femme, combinée avec leur propre possession (Code civ., art. 197). Quant au second point, la validité du mariage, ce n'est pas à eux à le démontrer, car tout mariage régulièrement contracté est réputé valable; mais il est clair que leurs adversaires ont toujours la faculté de l'attaquer comme nul au fond, sans qu'on puisse voir là le moins du monde une atteinte portée à la foi qui s'attache à la possession d'état. Tout ce que doit faire présumer cette possession, c'est qu'une union a été contractée. Mais pouvait-elle l'être? C'est là une question d'un tout autre ordre, sur laquelle le fait postérieur de la possession ne saurait nous fournir aucune lumière. C'est donc bien à tort que Denizart cite, comme ayant méconnu la juste faveur de la possession d'état, un arrêt du parlement de Paris, du 12 juillet 1713, qui a refusé de reconnaître comme légitime, bien qu'il eût titre et possession conforme, le fils né du second mariage d'une femme qui n'avait pas justifié du décès de son premier mari. Le parlement a pu être trop rigoureux en présumant la bigamie; mais il a eu parfaitement raison de ne se préoccuper ni

de la possession, ni du titre, qui prouvaient l'existence, mais nullement la validité du second mariage.

138. Du reste, les effets de la possession d'état, même en ce qui touche la filiation légitime, sont parfaitement divisibles. Si une femme, en l'absence et à l'insu de son mari, traite un enfant comme son fils légitime, bien qu'en fait il ne puisse être légitime que s'il a pour père le mari, la reconnaissance tacite qui résulte de la conduite de la femme ne pourra assurer l'état de l'enfant que vis-à-vis d'elle. L'induction puisée dans la possession d'état ne saurait avoir plus de force qu'un aveu formel, qui ne lie jamais que celui qui en est l'auteur.

139. S'il n'y a ni titre, ni possession, il n'y a plus d'autre ressource que la preuve testimoniale directe de la filiation. Cette preuve ne portant plus sur des faits publics, comme celle de la possession d'état, notre ancienne jurisprudence a refusé de l'admettre, lorsqu'elle serait dépourvue de tout adminicule. Un des monuments les plus remarquables qui consacrent cette doctrine, c'est un arrêt du parlement de Paris de 1657, qui, après avoir rejeté la demande à fin d'enquête, d'un certain Georges de la Croix, dont la prétention ne reposait sur aucune base, le condamne « à comparoir en personne, dans la » chambre, en présence du sieur de la Porte, et de six » personnes telles qu'il voudra choisir, où il déclarera » que témérairement et sans preuve, il s'est dit fils du » sieur de la Porte, dont il s'en repent, et en demande » pardon à Dieu, au roi et à la justice, et pareillement » au sieur de la Porte. » Mais si, dès le dix-septième siècle, on a repoussé la preuve testimoniale nue en matière de filiation, les idées ne se sont pas arrêtées aussi tôt sur les conditions nécessaires pour autoriser l'audition des témoins. Quelques-uns, se préoccupant de ce qui est établi en matière conventionnelle, exigeaient un commence-

ment de preuve par écrit. Cette opinion était même reproduite dans le projet de Code civil. Mais il serait par trop rigoureux de subordonner à la représentation préalable d'un écrit la justification de la filiation légitime. Aussi a-t-on pris un parti mitoyen entre l'ordonnance de Moulins, qui exige un écrit pour les conventions, et le droit commun qui permet sans condition la preuve des faits. Ce système nettement exposé, dès 1691, dans le second plaidoyer de D'Aguesseau, qui a contribué à y rallier les suffrages, consiste à exiger qu'il y ait au moins des indices graves pour motiver le jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête. C'est aussi à ce système que s'est arrêté le conseil d'état, sur les observations du tribunat. « A défaut de titre et de possession constante, dit » l'article 323 du Code, si l'enfant a été inscrit, soit sous » de faux noms, soit comme né de père et de mère incon- » nus, la preuve de filiation peut se faire par témoins. » Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lors- » qu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque » les présomptions ou indices résultant de faits dès lors » constants sont assez graves pour déterminer l'admis- » sion. »

Par cela seul que le Code civil se contentait, avec le dernier état de la jurisprudence, de présomptions graves dans l'intérêt du réclamant, il était conduit à maintenir ici le caractère large du commencement de preuve par écrit, admis jadis et repoussé aujourd'hui en matière conventionnelle (*Ib.*, art. 1347), suivant lequel l'écrit pouvait émaner même d'une personne non intéressée dans la contestation. En effet, puisque des indices matériels, bien que n'émanant pas de l'adversaire, pouvaient servir de base à l'enquête, il eût été inconséquent d'être plus sévère pour les documents écrits. « Le commence- » ment de preuve par écrit, dit l'article 324, résulte des

» titres de famille, des registres et papiers domestiques » du père ou de la mère, des actes publics et même pri- » vés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, » ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante. » Ainsi celui qui réclame son état vis-à-vis d'une personne dont il se dit le frère, pourra lui opposer des écrits émanés non-seulement des père et mère, qui sont les légitimes contradicteurs, mais même d'un frère, qui n'est nullement l'auteur de la partie défenderesse. Il n'y a qu'une seule limitation, c'est qu'on ne tient aucun compte des déclarations de tiers sans intérêt.

140. Admettra-t-on les témoins à venir déposer de la filiation, ainsi que l'article 46 le décide pour les naissances, mariages et décès, au cas de perte des registres, sans que le réclamant allègue en sa faveur aucune autre circonstance que cette perte? Il semble que l'indice grave doit conduire à une probabilité, et non pas à une simple possibilité. Or l'indice qui résulte de la perte est un indice purement négatif. L'enfant peut avoir été inscrit sur les feuillets détruits; mais l'a-t-il été? Rien n'autorise à l'affirmer. Un arrêt de rejet du 12 décembre 1827 a donc eu raison de ne pas vouloir considérer comme un indice grave la circonstance de la perte des registres. Du reste, quelque raisonnable que nous paraisse cette doctrine, le pourvoi contre un arrêt qui s'en serait départi pourrait fort bien être également rejeté; car il est difficile qu'il intervienne un arrêt de cassation en cette matière. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit pour la possession d'état; tout se réduit à une question d'appréciation.

Mais, en sens inverse, l'existence de registres réguliers indiquant une autre filiation ne ferait pas obstacle à l'admission de la preuve testimoniale, dans les cas où elle est admissible. Le titre sans la possession ne peut

10

pas plus que la possession sans le titre constituer une preuve inébranlable.

141. Nous avons dit que la possession d'état vis-à-vis de la mère seule n'emportait pas la preuve de la paternité. Nous examinerons, en traitant de la preuve littérale, les graves difficultés qui s'élèvent au cas où l'acte de naissance ne mentionne que la mère. Lorsqu'il n'y a ni titre ni possession, ce sera également la maternité seule qui résultera de l'enquête, la paternité, bien que légitime, n'étant pas susceptible de preuve directe[1]. Mais, quelque suspecte que soit la position d'un enfant qui n'a été ni inscrit, ni reconnu par ses parents, on ne doit pas supposer que les tribunaux le déclarent légèrement fils légitime de la mère qu'il réclame. Si donc la maternité est légalement constatée, ce sera un fait acquis dans son intérêt, et il pourra se placer avec confiance sous l'égide de la présomption, qui attribue le mari pour père à l'enfant conçu pendant le mariage (*ib.*, art. 312). La loi suppose en effet (*ib.*, art. 323) que ce sera à ses adversaires à prouver qu'il n'est point né des œuvres du mari. Mais pour cela il faut supposer la maternité établie vis-à vis de tous les intéressés. C'est ce qui ressortait de la rédaction primitive de l'article 325, qui était ainsi conçu : « La famille à laquelle le réclamant prétend appartenir, sera » admise à combattre sa réclamation par tous les moyens » propres à prouver, non-seulement qu'il n'est pas l'enfant du père, mais encore qu'il n'est pas l'enfant de la » mère qu'il réclame. » La famille dont il s'agit est bien la famille paternelle qui est autorisée à repousser même

[1] Il y aurait preuve, non pas du fait même de la paternité, mais de sa reconnaissance presque immédiate, si le mari, comme cela arrive souvent, avait annoncé avec empressement à la famille la grossesse de sa femme, et qu'on eût bien vérifié l'identité du réclamant avec l'enfant dont la conception aurait été ainsi proclamée. On devrait alors généralement considérer la paternité comme établie d'une manière positive.

la maternité; car pour la famille maternelle, il ne pouvait y avoir de question. Cette faculté accordée à la famille paternelle est de toute justice, et en parfaite harmonie avec les principes sur l'autorité de la chose jugée. Le changement fait à cette rédaction par le tribunat a eu pour but non d'en modifier la pensée, mais de l'éclaircir. « La preuve contraire, porte l'article 325 actuel, pourra » se faire par tous les moyens propres à établir que le » réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend » avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas » l'enfant du mari de la mère. » Nul doute qu'on n'ait entendu maintenir la règle que la maternité doit être établie contradictoirement avec les deux familles. Mais toute la force de l'article porte actuellement sur l'autre point, sur la paternité. La maternité prouvée, on peut user *de tous les moyens propres à établir* que la paternité légitime n'existe pas. A-t-on donc voulu élargir le cercle dans lequel se trouve resserrée d'ordinaire l'action en désaveu?

Pour soutenir la négative, on invoque, soit le texte qui parle de *moyens propres*, et non pas de moyens exceptionnels; soit les observations du tribunat, où il n est pas question de nouveaux cas de désaveu, mais seulement de l'étendue à donner à l'autorité de la chose jugée. L'autre opinion plus généralement adoptée s'appuie d'abord sur l'ensemble de l'article 325. Est-il naturel de croire qu'on eût parlé de tous les moyens propres à établir la non-paternité, si on n'avait voulu faire qu'un simple renvoi aux règles restrictives du chapitre précédent? Quant aux observations du tribunat, il est vrai qu'elles n'ont pas porté sur ce point. Mais que faut-il en conclure? Ces mots : *tous les moyens propres*, *etc.*, n'appartiennent pas au tribunat, mais à la rédaction primitive dont il reste toujours à apprécier la portée. Enfin, en laissant de côté le texte et l'historique de l'article, voyons si, après tout, l'exten-

sion proposée a rien d'exorbitant. On peut désavouer, ou pour impossibilité physique, ou pour impossibilité morale. Il n'y a rien à ajouter quant à la première impossibilité. Quant à la seconde, la restriction de la loi (*ib.*, art. 313), généralement critiquée aujourd'hui, consiste à exiger la preuve du recel de la naissance, pour que le désaveu soit admissible en cas d'adultère : eh bien! dans l'espèce, on serait dispensé de justifier de cette circonstance. Mais, quoi de plus naturel? N'y a-t-il pas dans l'absence du titre et de la possession tout à la fois, une position insolite qui suppose presque toujours une naissance cachée? Dans le cas ordinaire de désaveu pour adultère, le recel de l'enfant établi, le mari est admis *à proposer tous les faits propres à justifier* qu'il n'en est pas le père; tels sont les termes de l'article 313. Ces expressions sont presque identiquement les mêmes que celles employées par l'article 325 : *moyens propres à établir*. Cette similitude dans les textes, quand les deux positions offrent une si parfaite analogie, n'entraîne-t-elle pas invinciblement à assimiler au recel l'absence de titre et de possession d'état?

2° *Filiation naturelle.*

142. Une question préalable, dont nous avons déjà indiqué la solution dans nos notions générales, en examinant quels sont les faits susceptibles de preuve, c'est celle de savoir si l'on est reçu à prouver toute filiation naturelle. Le Code civil (art. 335 et 342) défend d'abord, soit de rechercher, soit même de reconnaître une filiation incestueuse ou adultérine. Il est vrai que certains auteurs et certains arrêts (voir not. ceux de la cour de Lyon du 23 mars 1835, et de la cour de Paris du 14 décembre 1835) ont permis de constater une origine entachée de l'un de ces vices, soit dans l'intérêt de l'enfant, afin qu'il puisse

obtenir les aliments que la loi paraît lui assurer (*ib.*, art. 762), soit au contraire contre lui, afin de réduire les dispositions faites en sa faveur. En supposant cette opinion fondée, il faudrait encore voir si la preuve testimoniale d'une pareille origine serait recevable, même avec un commencement de preuve par écrit. Il semble difficile d'aller jusque-là; on devrait alors exiger au moins, pour atténuer le scandale, une reconnaissance expresse, ainsi que le fait le Code sarde (art. 187), lorsqu'il s'agit d'une réclamation d'aliments. Mais, quelque contestable que nous ait paru en législation le système qui aime mieux dissimuler le mal que le réparer, comment s'écarter de textes formels qui prohibent toute reconnaissance et toute recherche? Ce serait d'ailleurs aller directement contre l'esprit de la loi. La jurisprudence de la cour de cassation (arr. de rejet du 8 février 1836, et de cass. du 4 décembre 1837) et les auteurs les plus graves sont d'accord pour repousser l'opinion singulière qui permettrait de constater la filiation afin d'obtenir des aliments; comme si ce n'était pas là lui accorder, en faveur de l'enfant, tout l'effet qu'elle est susceptible de produire. Il est vrai que l'article 762 accorde des aliments aux enfants incestueux ou adultérins. Mais doit-on supposer que le législateur ait entendu détruire les principes qu'il avait établis au siége de la matière? Ne faut-il pas restreindre sa disposition aux cas où la constatation du vice est forcée, par exemple, au cas de désaveu, en ce qui touche la maternité adultérine?

143. Quand la filiation naturelle n'est pas entachée de pareils vices, il est toujours permis de la reconnaître volontairement. Mais la recherche n'en est habituellement autorisée que pour la maternité, dont nous allons d'abord nous occuper.

144. La maternité est un fait apparent, qu'on peut

constater sans trop de scandale. Aussi en a-t-on admis la preuve. On conçoit ici, comme pour la maternité légitime, deux natures de preuves : l'une directe, établissant que telle femme est accouchée de tel enfant ; l'autre indirecte, se fondant sur la possession d'état. On a toutefois contesté l'admissibilité de la possession d'état, à raison du silence de la loi, qui ne reproduit pas, pour la filiation naturelle, les dispositions qui consacraient spécialement la force de cette possession quant à la filiation légitime. Mais, si l'on s'attache au motif des restrictions légales en cette matière, qui est la crainte du scandale, il faut reconnaître que la possession d'état n'offre aucun inconvénient, puisqu'elle suppose le fait hautement avoué par la partie la plus intéressée à le cacher. Ne serait-il pas contradictoire de permettre de rechercher la grossesse et l'accouchement d'une femme non mariée, contre sa volonté, et de n'attribuer aucun effet aux actes les plus caractéristiques, qui manifestent la maternité aux yeux de tous ?

Si l'article 341 ne parle que de la preuve par témoins, c'est que, dans le langage de la loi (Code civil, art. 323), cette preuve s'entend spécialement de la vérification directe par témoins du fait générateur de la filiation. La discussion prouve du reste que le silence du législateur ne doit nullement être interprété comme exclusif de la possession d'état. On avait proposé une rédaction qui faisait de la possession d'état un commencement de preuve. Cette rédaction a été repoussée, non en haine de cette possession, mais au contraire parce qu'on a pensé, suivant les expressions de Portalis, que c'était *la plus complète de toutes les preuves*. Quelle ressource auraient donc, dans le système contraire, les enfants nés de filles de la campagne qui ne savent pas écrire, et qui par conséquent n'ont jamais pu fournir le commencement de preuve exigé pour autoriser l'enquête ? Il semble même qu'en matière

de filiation naturelle, l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état a plus de force encore, puisque, pour accomplir les devoirs qu'imposait la nature, il a fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion, souvent plus sévère pour le scandale que pour la faute même.

145. La preuve directe par témoins du fait de la maternité n'est reçue (*ib.*, art. 341) qu'autant que le réclamant a déjà un commencement de preuve par écrit. La crainte des imputations calomnieuses, qui seraient trop facilement dirigées contre une femme honnête, n'a pas permis de voir ici dans de simples indices, quelle qu'en fût la gravité, une base suffisante pour l'admission de la preuve testimoniale. La loi n'a pas non plus reproduit l'extension donnée au commencement de preuve par écrit (*ib.*, art. 324) en matière de filiation légitime. Nous devons donc nous reporter au droit commun en ce qui concerne ce commencement de preuve, et exiger qu'il émane de la partie à laquelle on l'oppose (*ib.*, art. 1347). Un système contraire conduirait directement au résultat qu'a voulu proscrire le législateur en rejetant la foi des indices. L'honneur des femmes a paru exiger qu'on ne pût se prévaloir, à fin de rechercher la maternité, de présomptions qui ne se rattacheraient pas à un écrit. Mais qui ne voit que le but de la loi est complétement manqué, si l'on ne demande pas que l'aveu ait échappé à la mère prétendue, s'il peut être le fait d'un tiers, auquel pareille déclaration n'aura rien coûté? On peut dès lors pressentir ce qu'il faudra décider, quand nous arriverons à la preuve littérale, d'un acte de naissance qui énonce le nom de la mère sans son aveu.

Toute preuve directe de la maternité suppose qu'on justifie de deux éléments : 1° du fait de l'accouchement de la prétendue mère; 2° de l'identité du réclamant avec

l'enfant dont elle est accouchée. On se demande si le commencement de preuve par écrit doit porter sur ces deux éléments à la fois, ou seulement sur l'un d'eux. « L'enfant qui réclamera sa mère », dit l'article 341, « sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même » que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à » faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà » un commencement de preuve par écrit. » Évidemment, d'après la construction grammaticale de la phrase, le commencement de preuve doit porter au moins sur l'identité. On n'admettra donc pas, pour la maternité naturelle, ce qu'on admet assez volontiers pour la maternité légitime (voyez le 107e plaidoyer de Cochin), que, l'accouchement une fois prouvé, l'identité peut être établie par témoins. Il faut que le commencement de preuve par écrit tende à justifier de l'identité ; car il serait scandaleux dans notre droit que vous fussiez autorisé à prouver, même par écrit, qu'une femme non mariée a eu un enfant, quand vous ne pouvez produire que des dépositions de témoins à l'appui de l'allégation que vous êtes vous-même cet enfant. Le législateur, auquel répugne la constatation d'un fait déshonorant, ne la souffre qu'autant que le réclamant établit préalablement son intérêt à cette constatation. D'un autre côté, il ne suffit pas que le commencement de preuve porte sur l'identité, s'il ne porte en même temps sur l'accouchement. Mais cette nécessité tient à la nature même des choses. Pour que l'écrit rende vraisemblable l'identité, il faut qu'il en résulte un rapprochement entre celui qui réclame et l'enfant dont la défenderesse est accouchée à telle époque : ce qui suppose la réalité de l'accouchement.

146. Quant à la recherche de la paternité, elle est généralement interdite, et même le projet n'établissait aucune exception, et se bornait à donner une action en

dommages-intérêts à la mère, au cas de rapt ou de viol. On reconnut au conseil d'État qu'il y avait contradiction à autoriser une action en indemnité et à rejeter la recherche de la paternité d'une manière absolue. La rédaction définitive de l'article 340 autorise en conséquence les tribunaux à déclarer le ravisseur père de l'enfant, quand l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception. Le viol, que quelques-uns ont défini un rapt momentané, ne reparaît plus dans cette rédaction. Il paraîtrait, en effet, avoir été écarté dans la séance du conseil d'État, du 26 brumaire an X, comme n'emportant pas une preuve assez décisive de la paternité. Toutefois, le Code hollandais (art. 342), et celui du grand-duché de Bade (art. 340), considèrent cette circonstance comme une induction grave. C'est à la physiologie à décider lequel des deux systèmes se rapproche le plus de la vérité.

La preuve soit de l'enlèvement, soit des faits propres à établir que le ravisseur est le père de l'enfant, pourra évidemment se faire par témoins. La date de la naissance, qu'il faut connaître pour fixer l'époque présumée de la conception, s'établira ordinairement par les actes de l'état civil. Mais nous avons vu qu'on pouvait toujours suppléer par la preuve testimoniale au silence de ces actes; et on le pourra d'autant mieux ici, que ce silence s'explique par le désir de ne rien laisser transpirer qui compromette l'honneur de la mère.

Il serait superflu d'ajouter, si quelques-uns ne l'avaient nié, que la défense de rechercher la paternité incestueuse ou adultérine s'applique même au cas d'enlèvement. Pourquoi l'article 342 interdirait-il la recherche d'une paternité de cette nature, si cette interdiction n'avait pas une portée plus étendue que le principe général relatif à la paternité ordinaire?

147. Si la preuve indirecte, si délicate, du fait de la

paternité, est admise au cas d'enlèvement, à plus forte raison serait-on reçu à justifier de la possession d'état, des soins donnés par le ravisseur à titre de père. Mais la possession d'état d'enfant naturel vis-à-vis du père produirait-elle effet en toute autre circonstance? Si l'on ne considérait que l'esprit de la législation nouvelle, qui a seulement voulu prévenir le scandale, on serait tenté de répondre affirmativement. Et, en effet, la loi du 18 brumaire an II, qui prohiba la première la recherche de la paternité, réservait la preuve de la possession d'état, laquelle résultait de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à l'entretien qu'à l'éducation des enfants. Mais le Code civil ne reproduit pas cette réserve[1]; il proscrit en général la recherche de la paternité (art. 340), sans examiner quelle voie on se propose de prendre. En présence d'un texte formel, qui, rapproché de la législation précédente, devient plus positif encore, il est difficile d'attribuer quelque effet à la possession d'état vis-à-vis du père. L'opinion contraire, soutenue avec talent par M. Demolombe (*Revue de législ. et de jurisp.*, tome I, page 427), ne peut être considérée, suivant nous, que comme un brillant paradoxe.

148. La faculté de rechercher la paternité naturelle, qui existait jadis en France avec une grande latitude, se retrouve encore aujourd'hui chez la plupart des peuples, notamment en Allemagne, en Suisse, en Angleterre, dans les États-Unis. Mais, la preuve directe du fait de la paternité n'étant pas facile, on s'en rapporte volontiers à la déclaration de la mère, par application de la fameuse maxime formulée par le président Favre : *Creditur virgini juranti se ex tali esse prægnantem* (Cod., *de prob.*, définit. 18).

[1] Elle a été reproduite par le Code sarde (art. 185, 1°), qui n'admet pas d'ailleurs la recherche de la paternité. Toutefois ce code exige que la possession d'état soit constatée par écrit, et ne permet d'agir qu'après la mort du père.

Toutefois, de même que, dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence (arrêt du parl. de Paris, du 15 avril 1712), on avait fini par reconnaître la nécessité d'une information préalable sur les mœurs de la mère; les législations modernes, qui ont statué sur ces matières délicates, ont permis au père d'opposer à la déclaration faite contre lui diverses exceptions, basées sur la conduite antérieure de la mère, ou sur l'impossibilité même du fait (voyez les Codes du canton de Vaud, art. 188 et suiv.; de Berne, art. 185 et suiv.; de Fribourg, art. 222 et suiv.; d'Argovie, art. 220 et suiv.). On rentre ainsi dans le vrai sens de la maxime *Creditur virgini*, qui suppose une première faiblesse; mais, il faut l'avouer, la supposition, jusqu'à preuve contraire, d'une virginité préalable, est plus vraisemblable en Suisse qu'à Paris [1]. Sous un autre rapport, les Codes suisses vont plus loin que n'ont jamais été nos anciens parlements, puisque, pour décharger les localités des charges que leur imposent les enfants trouvés, ils admettent une recherche d'office de la paternité.

Les principes du Code civil ont été au contraire adoptés, avec peu de modifications, par les Codes postérieurs des Deux-Siciles, de Sardaigne et de Hollande.

Enfin la législation la plus bizarre sur ce point est celle de la Louisiane, qui porte l'empreinte de l'esclavage et de la distinction des races. La recherche de la paternité y est complétement admise en faveur des enfants libres et blancs. Quant aux enfants de couleur, ils ne peuvent la rechercher qu'autant qu'ils sont libres, et à charge de ne désigner pour leur père qu'un homme de couleur (Code de la Louisiane, art. 226).

[1] Il faut convenir aussi que l'avantage d'une législation uniforme pour un pays se trouve, sous certains rapports, compensé par d'assez graves inconvénients. Ainsi la recherche de la paternité, peu admissible dans les grandes villes, le serait davantage à la campagne, où tout le monde se connaît.

TROISIÈME DIVISION.

ADMISSIBILITÉ AU CRIMINEL DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

149. La preuve testimoniale, nous l'avons déjà dit, ne doit pas être considérée comme exclue ou comme admise en principe, par cela seul qu'on se trouve avoir affaire, ou à la juridiction civile, ou à la juridiction criminelle. Ce n'est pas à la nature du tribunal, c'est à la nature des questions qu'il convient de s'attacher. Partout les conventions doivent être régulièrement constatées par écrit; partout les simples faits peuvent être prouvés par témoins. Il n'y a entre les deux juridictions de différence que du plus au moins, en ce sens que le plus souvent il s'agit de conventions au civil, et de simples faits au criminel.

150. Comment les tribunaux criminels peuvent-ils être saisis de questions relatives à des points pour lesquels la loi n'admet pas la preuve testimoniale? Dans certains cas, il y aura indivisibilité entre le délit et le contrat qui formera lui-même le corps de délit. Par exemple, lorsqu'un failli est accusé de s'être reconnu débiteur de dettes fictives; ce qui entraîne banqueroute frauduleuse (Code de commerce, art. 591); l'appréciation de la fraude est inséparable de celle de l'écriture (arrêts de cassation du 3 novembre 1826 et du 19 décembre 1828). Mais, le plus souvent, les éléments non susceptibles de preuve testimoniale ne sont pas constitutifs du délit; ils ne se présentent dans la cause que comme questions préjudicielles. La scission étant dès lors praticable, on s'est demandé s'il y avait lieu à renvoi devant les tribu-

naux civils pour la solution de la difficulté préalable, par exemple, si, lorsqu'il s'agit de détournement d'effet remis à titre de louage, de dépôt ou de mandat (Code pén., art. 408), l'existence du louage, du dépôt ou du mandat ne pouvait être établie que devant les tribunaux civils. La fausse persuasion que la preuve testimoniale nue était toujours admissible au criminel, a porté certains auteurs à croire, ainsi que le décidaient la jurisprudence ancienne et même celle des premiers temps qui ont suivi la promulgation du Code, que la juridiction criminelle devait se dessaisir en pareille hypothèse. La conséquence était logique, puisqu'il n'était pas possible de tolérer la violation, au moyen d'un détour si facile, des règles prohibitives de l'enquête. Mais le point de départ était erroné. Rien n'autorisait à supposer que ces règles fussent propres à la juridiction civile, et dès lors l'inconvénient que l'on voulait prévenir était chimérique. Si le législateur avait admis cette ligne de démarcation entre les deux juridictions, qu'on ne trouve établie nulle part, il aurait dû, dans une foule de cas, suspendre l'action publique, jusqu'à ce qu'on eût statué sur l'action civile. C'est au contraire la suspension de l'action civile, lorsque l'action publique a été intentée, que prononce l'article 7 du Code d'instruction criminelle. La loi, qui investit le même tribunal du droit de prononcer sur l'action publique et sur l'action civile, n'a-t-elle pas visé à prévenir la multiplicité des procédures? Ne doit-on pas toujours, en l'absence de toute dérogation formelle, s'attacher au principe ancien, que nous retrouvons dans le droit romain (voir notamment le titre *de ordine judiciorum*, au Code), qui veut que le juge de l'action soit juge de l'exception? Sans doute nous allons voir qu'il y a de notables restrictions à cette règle; mais ces restrictions ont toujours été signalées, lorsqu'on les a introduites, comme contraires

au droit commun (voir notamment, sur les articles 326 et 327 du Code civil, l'exposé des motifs de M. Bigot Préameneu et le discours du tribun Duveyrier). Il faudra donc, dans les cas ordinaires, s'en tenir au parti le plus simple, celui de laisser le tribunal criminel juger l'incident, mais en le soumettant pour la preuve aux restrictions auxquelles serait soumis un tribunal civil. Tel est aussi l'avis qui a prévalu dans la jurisprudence, et ce qu'il y a de remarquable, c'est que la cour de cassation, voulant arrêter ses idées sur cette importante question, a approuvé à l'unanimité, avec l'adhésion de Merlin, le 12 novembre 1813, une note rédigée en ce sens[1].

151. Les principales exceptions au principe que le tribunal criminel demeure saisi de la question préjudicielle, en se conformant, s'il y a lieu, aux prescriptions du droit civil, sont relatives à la propriété immobilière, et à l'état des personnes.

152. Nous voyons que, dans la législation romaine, on avait déjà reconnu le danger qu'il y avait à trancher, d'une manière incidente, les questions concernant des droits réels immobiliers. C'est ainsi que des réclamations qui supposaient implicitement la propriété, alors qu'elle n'était pas constante, étaient repoussées par l'exception, *quod præjudicium prædio non fiat* (Africain, l. 16 et l. 18, ff. *de exceptionibus*). Nos lois n'ont formulé nulle part un principe général de cette nature; mais certains textes paraissent en supposer l'existence, et la jurisprudence, pénétrée de l'importance de la propriété foncière, les a de bonne heure généralisés. La première trace de cette idée se trouve dans la loi du 29 septembre 1791, sur

[1] Voir cette note à la fin du premier volume du Traité de l'action publique et de l'action civile, de M. Mangin, qui jette tant de jour sur ces questions délicates.

l'administration forestière (tit. 19, art. 12), qui s'exprime en ces termes : « Si, dans une instance en réparation de » délit, il s'élève une question incidente de propriété, la » partie qui en excipe sera tenue d'appeler le procureur- » général syndic du département de la situation des bois, » et de lui fournir copie de ses pièces, dans la huitaine » du jour où elle aura proposé son exception ; à défaut de » quoi, il sera passé outre au jugement du délit, la question » de propriété demeurant réservée. » Bien que cette loi fût la seule qui posât une règle semblable, la cour de cassation pensa, avec quelque raison, qu'aucun motif sérieux ne pouvait limiter cette décision aux matières forestières. Aussi la note de 1813, conforme à sa jurisprudence constante, déclare-t-elle la propriété des immeubles spécialement dans le domaine des tribunaux civils. Plus récemment, le Code forestier sanctionna cette doctrine, avec quelques modifications, dans l'article 182 ainsi conçu : « Si, dans une instance en réparation de délit ou contravention, le prévenu excipe d'un droit de propriété ou » autre droit réel, le tribunal saisi de la plainte statuera » sur l'incident, en se conformant aux règles suivantes : » L'exception préjudicielle ne sera admise qu'autant » qu'elle sera fondée, soit sur un titre apparent, soit sur » des faits de possession équivalents, personnels au » prévenu et par lui articulés avec précision, et si le » titre produit ou les faits articulés sont de nature, dans » le cas où ils seraient reconnus par l'autorité compétente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites, » tout caractère de délit ou de contravention. Dans le cas » de réserve à fins civiles, le jugement fixera un bref délai, dans lequel la partie qui aura élevé la question préjudicielle devra saisir les juges compétents de la connaissance du litige, et justifier de ses diligences, sinon il » sera passé outre. » L'article 59 de la loi du 15 avril 1829

sur la pêche fluviale reproduit à peu près les mêmes dispositions pour les délits relatifs à la pêche.

Le législateur paraît donc être entré dans la doctrine de la cour de cassation, mais avec de sages tempéraments. Il faut en effet : 1° que le moyen invoqué soit de nature à ôter au fait incriminé tout caractère de délit : c'est ainsi qu'on alléguerait vainement le droit de propriété pour se justifier d'avoir troublé une possession annale (cour de cassat., 5 juillet 1828) ; 2° que ce moyen soit personnel au prévenu : il ne serait pas reçu à établir que l'immeuble sur lequel on l'accuse d'avoir commis un délit n'appartient pas à la partie adverse, mais à un tiers (arr. de cass. du 22 mars 1839) ; 3° qu'il y ait un commencement de preuve du droit allégué, résultant soit d'un titre apparent, soit de faits de possession articulés avec précision : autrement tout inculpé prétendrait n'avoir agi qu'en qualité de propriétaire. C'est pour éviter qu'on ne cherche ainsi à gagner du temps, que le législateur prescrit de plus la fixation d'un bref délai pour vider la question préjudicielle, ainsi qu'il le fait en d'autres occasions (voir notamment Code civ., art. 174, et Code de proc., art. 357). Il est à remarquer qu'on applique ici le principe *reus excipiendo fit actor ;* en ce que c'est au prévenu à poursuivre l'instance et à faire la preuve de son droit réel devant le tribunal civil.

Aucune disposition de nos lois ne se prête à une extension semblable, en ce qui touche la propriété mobilière. Aussi la cour de cassation a-t-elle toujours reconnu (note du 12 novembre 1813, confirmée par de nombreux arrêts) que les questions incidentes, qui sont relatives à cette propriété, peuvent être vidées par le tribunal criminel.

153. Une exception d'une autre nature, mais non moins importante, a été consacrée par le Code civil, en ce qui touche les questions d'état. D'après l'article 326 de ce

Code, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations de cette nature. Il est évident que, dans cette disposition, il ne s'agit pas de la compétence directe, qu'il serait par trop déraisonnable d'attribuer à la juridiction criminelle, mais bien de la compétence indirecte, qui appartiendrait de droit commun à cette juridiction, lorsqu'elle se trouve saisie de la connaissance d'un délit qui se rattache à une question d'état. L'article 327 va plus loin encore. On aurait pu concevoir que, comme en matière de propriété immobilière, l'action fût intentée, sauf à surseoir jusqu'à ce que la question civile préjudicielle eût été décidée. Cette marche, qui avait été proposée au conseil d'État, permettait au moins de faire les premiers actes de poursuite, de s'assurer de la personne du prévenu, de recueillir les dépositions des témoins, etc. Rien de tout cela n'est permis par l'article 327, qui veut que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne puisse commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Ici la dérogation aux règles ordinaires est extrêmement grave. Il ne s'agit plus, comme dans la disposition du Code forestier, généralisée par la jurisprudence, de fixer un délai pour agir devant les tribunaux civils. Et on conçoit, du reste, qu'on ne pouvait donner un délai au prévenu, puisque la procédure ne serait pas dirigée par lui, mais contre lui. L'action civile est demeurée entièrement libre, et le silence des parties, silence qui peut bien avoir été acheté, tient indéfiniment en échec le ministère public.

Quel motif peut avoir dicté cette étrange restriction, qui a amené plus d'une fois l'impunité scandaleuse des délits les plus dangereux dans leurs conséquences? Il ne faut pas en chercher d'autre que cette erreur trop accréditée, qui considère la preuve testimoniale comme nécessairement admissible au criminel.

Cette erreur remonte à l'ancienne jurisprudence. « En ma-
» tière de crimes, » disait en 1724 l'avocat général Gilbert de Voisins, dans l'affaire de la demoiselle de Choiseul, « la loi ne rejette aucune sorte de preuve. » Dès lors il devenait facile d'établir la filiation sans aucun commencement de preuve par écrit, en prenant la voie de l'*information*, comme on le disait alors, au lieu de saisir la justice ordinaire [1]. Pour obvier à ce danger, inévitable dans le système que l'on embrassait, quelques-uns proposaient, dès cette époque, de suspendre la procédure criminelle. Mais l'avocat général repoussait ce remède héroïque, qui consistait à supprimer une faculté importante, afin d'en prévenir l'abus. « Rejeter, dit-il, in-
» distinctement toutes les accusations de cette nature,
» tant que l'état n'est pas prouvé civilement, c'est favo-
» riser le coupable, c'est procurer l'impunité du crime,
» c'est choquer ouvertement les premiers principes des
» matières criminelles. Mais autoriser toutes les accusa-
» tions sans discernement et sans choix, n'est-ce point
» ouvrir la porte à un artifice dangereux, qui peut, sous
» l'apparence d'une accusation frivole, ne tendre en effet
» qu'à se procurer une preuve testimoniale, toujours dif-
» ficile à faire admettre par la voie civile? Cet artifice est
» fréquent dans l'usage; mais il n'a pas échappé à la pé-
» nétration de la justice, et il y a longtemps que sa pru-
» dence a trouvé le moyen de le réparer. Lorsque le titre
» d'accusation a quelque rapport au civil, l'implication
» du civil et du criminel n'empêche pas ordinairement la

[1] L'avocat général, en se plaignant qu'on puisse ainsi prouver son état trop facilement, admet comme constante l'influence du criminel sur le civil. Nous verrons, en traitant de la chose jugée, que cette influence, contestée par quelques auteurs, doit encore être reconnue aujourd'hui. Si l'on rejetait cette influence, le résultat de la procédure criminelle ne produirait plus au civil qu'un préjugé purement moral, dont il y aurait moins à se préoccuper.

» justice de permettre d'abord d'informer; mais, si elle » reconnaît que dans cette information on ne s'est atta- » ché qu'à faire la preuve du civil et qu'on a négligé le » criminel, elle regarde le titre d'accusation comme une » *couleur* employée pour la surprendre; elle désavoue ai- » sément tout ce qu'elle a fait, et se porte à le réformer, le » détruire. » Cette jurisprudence ne subordonnait pas d'une manière absolue le criminel au civil, elle laissait même intacte l'action du ministère public, qui ne pouvait être suspecte de fraude; mais elle accordait trop de latitude au juge criminel, qui admettait ou rejetait à son gré la plainte, suivant qu'elle lui paraissait plus ou moins sérieuse. Le projet de Code tendait à rétablir les vrais principes de la matière, en astreignant le ministère public, lorsqu'il poursuit au criminel pour suppression d'état, à la nécessité d'un commencement de preuve par écrit (art. 19 du projet). Ce n'était là que faire l'application de cette doctrine, depuis pleinement adoptée, ainsi que nous l'avons vu, par la cour de cassation, suivant laquelle les règles sur la preuve testimoniale ne sont pas attributives de juridiction, et les incidents civils doivent dès lors être jugés par les tribunaux criminels, mais sans qu'on puisse s'écarter des prescriptions établies par le droit civil. Malheureusement, à cette époque, cette solution si simple et si raisonnable n'avait pas encore prévalu. Le système du projet fut rejeté, probablement sans avoir été compris, et, pour ne pas retomber dans l'arbitraire de l'ancienne jurisprudence, on trancha le nœud gordien, en décidant qu'ici, à l'inverse de ce qui se pratique d'ordinaire, ce serait le civil qui tiendrait le criminel en état. Le Code hollandais, éclairé par l'expérience sur les dangers de cette restriction, en est revenu au système qui n'a pu prévaloir dans notre conseil d'État. L'article 323 de ce Code, après avoir reproduit notre article 327, ajoute :

« Néanmoins le ministère public pourra, dans le silence » des parties intéressées, intenter l'action criminelle » pour suppression d'état, pourvu qu'il y ait un com- » mencement de preuve par écrit. Dans ce dernier cas, » l'action publique ne sera pas suspendue par l'action » civile. » Il semble difficile de mieux concilier que ne le fait ce système, l'intérêt de la justice pénale, qui réclame contre une scandaleuse impunité, et celui du repos des familles, qui veut que les réclamations d'état reposent sur une base un peu solide.

154. La prohibition fâcheuse de l'article 327 subsistant toujours dans notre législation, on s'est demandé du moins quelle extension devait recevoir cette règle, quel sens il fallait donner aux mots *suppression d'état.*

Un point sur lequel tout le monde est d'accord, et sur lequel du reste on s'était expliqué bien positivement dans les discussions préparatoires du Code civil, c'est que les délits qui tiennent à la personne de l'enfant, sans compromettre son état, par exemple, l'enlèvement ou l'exposition (Code pén., art. 345, art. 349 et suiv.), peuvent être poursuivis, sans qu'aucune action civile ait été préalablement intentée.

Lors même que la question soumise à la juridiction criminelle serait relative à l'état, si la solution qu'elle doit recevoir laisse intacts les droits et la position de l'enfant, l'action publique sera encore admissible *de plano.* C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 28 décembre 1809 déclare bien fondées, dans le silence des parties lésées, les poursuites de faux contre une personne prévenue d'avoir signé, en prenant le nom du mari, l'acte de naissance de l'enfant d'une femme mariée. Et en effet cet enfant était désintéressé dans le litige; la fausseté de la signature ne pouvait annuler une inscription régulière et en tout point conforme à la loi. Une décision semblable

autorise à poursuivre *de plano* un père accusé d'avoir fait inscrire comme né vivant un enfant déjà mort au moment de sa naissance, afin d'opérer la révocation d'une donation entre-vifs (voir un arrêt de rejet du 8 juillet 1824, et deux autres arrêts de rejet, dans des espèces analogues, du 1er août 1836 et du 4 juillet 1840). Ici encore la filiation de l'enfant n'était pas révoquée en doute. Ou il était effectivement né vivant, et alors ses droits n'étaient pas contestés; ou il était mort en naissant, ainsi que le soutenait l'accusation, et alors il n'avait aucun droit. On trouve, dans les monuments de la jurisprudence, une foule de décisions de la même nature, qui déclarent l'article 327 inapplicable, toutes les fois que la filiation de l'enfant n'est pas compromise.

155. Mais faut-il aller plus loin, et, lors même que le fait incriminé aurait directement trait à une suppression d'état, punir le faux matériel, s'il existe, indépendamment de la suppression d'état, bien qu'aucune action civile ne soit intentée? Ainsi l'on s'est demandé s'il était permis de poursuivre, comme crime spécial, l'altération, à l'aide de procédés chimiques, de registres de l'état civil, afin d'en faire disparaître le contenu, et d'y substituer des actes faux, tendant à attribuer à un enfant naturel une filiation légitime. Merlin a soutenu énergiquement devant la cour de cassation qu'on devait faire abstraction de l'état, qui n'était l'objet d'aucune réclamation civile, pour s'attacher à la falsification; laquelle, prise isolément, et quelle que fût la teneur, soit des actes effacés, soit des actes substitués, tombait évidemment sous l'application des dispositions du Code pénal. Cette distinction raisonnable a été repoussée par un arrêt de rejet du 30 mars 1813 [1]. Il est fâcheux qu'on ait ainsi tiré d'un mauvais

[1] Des faits de cette nature ne seraient pas toutefois impunis. On admettrait toujours subsidiairement la réclusion, prononcée par l'article

principe des conséquences qui n'y étaient pas nécessairement contenues. La même cour a jugé bien plus sagement, elle a su faire prévaloir l'esprit de l'article 327 sur sa lettre, lorsqu'elle a autorisé le ministère public (arrêt du 2 juillet 1819) à intenter des poursuites, quand l'action civile était devenue impossible, la personne dont on avait pu supprimer l'état étant morte sans laisser d'héritiers.

156. On reconnaît du reste que l'article 327 ne fait pas obstacle à la décision par les tribunaux criminels des questions de filiation, lorsqu'elles ne se présentent que comme de purs incidents dont la solution, toute provisoire, laisse intact le débat au fond sur l'état, s'il doit s'élever plus tard. Ainsi, aux termes d'un arrêt de rejet du 15 janvier 1818, une cour d'assises ne dépasse pas ses pouvoirs, en déclarant recevable l'intervention d'une partie, à raison des liens de parenté qui l'unissent avec la victime d'un assassinat soumis à cette cour. Une pareille décision ne préjuge qu'en ce qui concerne le droit aux réparations civiles, la parenté, qui, sous tout autre rapport, peut être remise en question devant les tribunaux. Le principe que le juge du principal est le juge de l'incident, principe qu'on ne saurait anéantir sans s'exposer aux involutions de procédures les plus compliquées, reprend alors tout son empire.

157. Les mots *réclamations d'état, suppression d'état*, dans les articles 326 et 327 du Code civil, ont une signification particulière, qui ne correspond pas au *status personarum* en général. Ils n'ont trait qu'à la filiation. Pour les autres questions relatives à l'état des personnes, notamment pour le mariage, le motif erroné, qui a amené la suppression de l'action publique, n'étant pas même ap-

439 du Code pénal contre ceux qui détruisent des actes de l'autorité publique. La peine du faux serait celle des travaux forcés à temps (art. 147, *ib.*).

plicable, on n'a jamais douté que, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux criminels, la célébration d'un mariage ne pût s'établir par témoins. Aussi l'article 198 veut-il, au contraire, que l'inscription sur les registres de l'état civil du jugement criminel, qui constate la célébration du mariage, suffise pour assurer les droits des époux. On a donc cassé avec raison (le 8 mai 1828) un arrêt par lequel une cour d'assises se déclarait incompétente, dans le silence des parties civiles, pour juger une personne accusée d'avoir pris les noms et qualités d'autrui, dans l'acte de célébration de son mariage. C'était là méconnaître étrangement la véritable portée des articles 326 et 327. Mais la cour de cassation n'a pas été elle-même tout à fait à l'abri de l'erreur qui tend à généraliser les principes du Code civil en matière de questions d'état. Nous voulons faire allusion à sa doctrine sur la bigamie, telle qu'elle ressort de sa jurisprudence et de sa note de 1813 sur les questions préjudicielles. La cour admet bien la compétence de la juridiction criminelle pour apprécier la validité du second mariage, car c'est dans ce second mariage que gît pour ainsi dire le corps du délit; mais elle ne reconnaît pas à cette juridiction le pouvoir de prononcer sur la nullité [1] du premier mariage, qui serait alléguée comme moyen de défense. « Ce genre de nullité, dit la note de 1813, ne peut » être jugé par les tribunaux criminels, parce que l'état » civil du prévenu dépend du jugement qui doit être » porté, et que les tribunaux civils, d'après l'article 326 » du Code civil, sont seuls compétents pour statuer sur

[1] On suppose qu'il s'agit d'une nullité absolue, car la cour de cassation, contrairement à l'ancienne jurisprudence, veut que les nullités relatives, laissant subsister le mariage tant qu'elles ne sont pas proposées, ne puissent détruire l'accusation de bigamie, lors même que la seconde union aurait été contractée par celui des conjoints qui avait le droit de se prévaloir de cette nullité. Cette opinion rigoureuse est combattue avec talent par M. Mangin (*Traité de l'action publique et de l'action civile*, n° 196).

» les questions d'état. » C'est là retomber dans la même équivoque sur le sens du mot *questions d'état.* D'ailleurs, cet argument prouve trop. Si les questions de mariage sont en effet des questions d'état, à quel titre la juridiction criminelle peut-elle connaître de la validité même du second mariage? Ne faudrait-il pas alors appliquer aussi l'article 327, et suspendre l'action publique, tant que l'action civile ne serait pas intentée? Dira-t-on, comme on l'a fait, que le Code civil (art. 189) veut qu'en tout cas la validité ou la nullité du premier mariage soit jugée préalablement? Mais il n'y a rien dans cette disposition purement relative à l'ordre de la procédure, qui indique le renvoi à une autre juridiction: point dont le législateur ne s'est nullement occupé en traitant des nullités de mariage. Il n'est pas certain du reste que la cour de cassation persiste dans cette doctrine, qui ne repose pas sur des bases bien solides. Elle l'avait approuvée à l'unanimité, lors de la rédaction de la note de 1813; mais, dans l'exercice de sa juridiction, elle n'a eu l'occasion de se prononcer en ce sens qu'une seule fois, par arrêt de cassation, il est vrai, mais après partage, le 16 janvier 1826.

158. On peut consulter, sur les questions préjudicielles relatives aux matières spéciales, les auteurs qui se sont particulièrement occupés de ce qui touche ces questions (voir surtout le traité de M. Mangin, art. 226 et suivants). Nous citerons, par exemple, l'interprétation des actes de l'autorité administrative, que la loi du 16 fructidor an III attribue exclusivement à cette autorité; et les contestations *sur le fond des droits*, en ce qui touche les contributions indirectes, contestations qui ne peuvent être jugées que par les tribunaux civils, d'après la loi du 28 ventôse an XII (tit. 5, art. 88).

159. En résumé, les principes sur la preuve étant les mêmes dans toutes les] juridictions, il n'y a pas lieu

en général à renvoyer devant les tribunaux civils, pour une question préalable non susceptible de la preuve par témoins; la juridiction criminelle doit retenir l'incident et le juger d'après les règles du droit civil. Cette décision s'applique sans difficulté aux conventions incidemment soumises aux tribunaux criminels. Quant à la propriété, s'il s'agit de meubles, point de dérogation encore à la règle, qui veut que le juge de l'action soit le juge de l'exception; s'il est question d'immeubles, l'importance du litige donnera lieu à renvoi devant le tribunal civil; mais alors la question préjudicielle doit être vidée dans un délai déterminé. En matière de filiation, la crainte mal fondée de l'admissibilité indéfinie de la preuve testimoniale a fait suspendre l'action publique, tant que l'action civile n'est pas intentée : interversion des principes fondamentaux de notre droit criminel, qu'il convient de ne pas étendre au delà de ce qui concerne la *suppression d'état*. Enfin, pour le mariage, nous ne voyons aucun texte qui fasse cesser la compétence du juge criminel, proclamée, au contraire, par l'article 198 du Code civil. Il semble donc raisonnable de toujours autoriser ce juge à en connaître, sans distinguer, comme on veut le faire au cas de bigamie, entre le premier et le second mariage.

160. Indépendamment des questions préjudicielles, nous devons, pour terminer ce qui concerne l'admission des témoins au criminel, signaler l'importance toute particulière qu'ont les procès-verbaux dans certaines matières, telles que les douanes et les contributions indirectes. Habituellement, aux termes des articles 154, 189 et 242 du Code d'instruction criminelle, on peut prouver par témoins, à défaut de procès-verbaux, lors même qu'il s'agit d'infractions dont on aurait dû dresser acte, par exemple, de celles qui sont relatives aux propriétés rurales et forestières (voir notamment un arrêt de cassation du 18 mars 1836). Mais l'importation de marchandises, la

circulation de denrées, en contravention aux lois fiscales, sont des faits tellement fugitifs qu'on a senti le besoin de n'autoriser la poursuite qu'autant qu'il y aurait saisie et procès-verbal régulier. C'est en ce sens que la jurisprudence interprète constamment les lois du 19 brumaire an VI, et du 9 floréal an VII, ainsi que le décret du 1er germinal an XIII. La preuve testimoniale est seulement admissible, d'après une distinction qui résulte de la combinaison des textes, afin de permettre la confiscation des objets saisis, qu'il serait trop dangereux de rendre aux prévenus, en l'absence d'un procès-verbal régulier. Quant à l'amende et à l'emprisonnement, nous pensons, avec M. Mangin[1], que la nécessité d'un procès-verbal pour justifier la condamnation est absolue. M. Bourguignon (sur l'art. 16 du Code d'instruction criminelle) voudrait au contraire assimiler cette obligation légale à celle qui est établie par l'article 1341 du Code civil pour les conventions, et en faire dès lors cesser l'application, lorsqu'il y aurait commencement de preuve par écrit contre le prévenu. Mais, là où il s'agit de délits spéciaux (dont la création est toujours plus ou moins arbitraire), il est difficile de faire une exception aussi large à une règle adoptée précisément pour donner une base fixe à des poursuites dont l'exercice, souvent vexatoire, soulève de vives réclamations dans la pratique. Pour qu'on pût emprunter cette exception au Code civil, il faudrait qu'il y eût identité de motifs. Mais, de ce que le législateur admet à la preuve testimoniale le créancier qui peut puiser un indice en sa faveur dans un écrit de son débiteur, doit-on en conclure que les mêmes facilités doivent être accordées au fisc, poursuivant l'application d'une peine contre des délits dont la gravité morale est souvent presque nulle?

[1] Voir le ch. II de son *Traité des procès-verbaux en matière de délits et de contraventions*, ouvrage qui, bien qu'inférieur au Traité de l'action publique et de l'action civile, est encore fécond en renseignements utiles.

DEUXIÈME SECTION.

ADMINISTRATION DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

161. Après avoir vu quand la preuve testimoniale est admise par nos lois, nous devons examiner comment cette preuve s'administre dans la pratique. L'audition des témoins, qui était dégagée de toute espèce de formes dans la législation romaine, a été chargée par l'ancienne jurisprudence d'une foule d'entraves factices. C'est dans cette matière que le système des preuves légales, dont nous avons signalé la dangereuse tendance, a reçu les plus singulières applications. Nous verrons qu'il ne subsiste plus aujourd'hui que quelques vestiges du système qui tarifait les témoignages, au lieu de les soumettre à la conscience du juge. Mais une autre pratique, qui se rattachait jusqu'à un certain point à ce système, l'absence de publicité des enquêtes, s'est maintenue chez nous dans les matières civiles ordinaires, tandis qu'au criminel la publicité a été établie.

L'administration secrète de la preuve testimoniale ne s'est introduite au moyen âge que lentement et par suite de circonstances particulières. Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 28, chap. 34) pense que la réaction contre le combat judiciaire, qui était essentiellement public, amena le secret des enquêtes, afin de protéger les témoins contre les provocations des parties. L'exemple des tribunaux ecclésiastiques, qui renoncèrent de bonne heure à la publicité, paraît avoir aussi influé sur les habitudes

de nos juges, notamment lors du séjour des papes à Avignon. Quoi qu'il en soit, ce ne fut que sous François Ier, en 1539, que le principe du secret de l'enquête en toute matière fut complétement établi. Et comme on voulait à toute force, à cette époque, appuyer sur les lois romaines les doctrines les plus étrangères aux idées des jurisconsultes romains, on prétendit retrouver le secret des enquêtes dans une constitution de Zénon (l. 14, Cod. *de testib.*). Mais les expressions *judicantis intrare secretum*, qu'emploie l'empereur, ont trait tout simplement au local séparé où se tient le juge, et nullement à une procédure occulte dont il n'y a pas de trace, même au Bas-Empire (voyez Novelle 90, chap. 9.).

Cet état de choses avait été probablement utile dans l'origine. L'introduction d'une procédure technique et de ses formes subtiles tendait à éloigner de l'administration de la justice les hommes d'épée, pour la concentrer entre les mains des légistes. Mais les inconvénients du nouveau mode subsistèrent longtemps après que l'utilité en eut cessé. Les ordonnances de 1667 et de 1670 maintinrent le secret, tant au civil qu'au criminel. Enfin l'assemblée constituante, par la loi du 29 septembre 1791, décida qu'en matière criminelle les témoins seraient entendus à l'audience. Le 7 fructidor an III, la convention rendit un décret qui fit la même innovation en matière civile. Malheureusement ce décret se contenta de poser le principe, sans établir de règles fixes pour l'exécution, et il s'établit une extrême confusion dans les enquêtes. Aussi un arrêté consulaire du 18 fructidor an VIII en revint-il purement et simplement à l'ordonnance de 1667. Le Code de procédure, bien qu'avec d'assez importantes modifications, s'en est tenu également au système de l'enquête sans publicité. Devant les tribunaux criminels, au contraire, l'audition publique des témoins n'a jamais cessé depuis 1791.

162. Y a-t-il de bonnes raisons pour établir entre les deux juridictions une ligne de démarcation aussi tranchée? Il est assez difficile de justifier cette distinction en principe. Elle a été combattue non-seulement par des théoriciens quelquefois suspects de trop de hardiesse, tels que Bentham, mais encore par Boncenne, toujours si préoccupé des besoins de la pratique, par Boitard, cet esprit à la fois si sage et si élevé. Les avantages qu'offre la publicité, soit pour permettre au juge de saisir la vérité en observant l'accent des témoins, l'expression de leurs visages, leur contenance tout entière[1]; soit pour garantir la véracité des témoins par le contrôle d'un auditoire qui peut souvent les démentir, sont absolument les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse. Les reproches qui ont été adressés au système de la loi du 7 fructidor an III par l'orateur du tribunat, lors de la présentation du Code de procédure au corps législatif, se réduisent à trois : la crainte que les témoins ne soient intimidés par l'appareil de l'audience; le danger de rixes, de nature à compromettre la dignité du tribunal; enfin, l'inconvénient d'occuper le tribunal tout entier, et non plus un seul juge. Les deux premières objections prouvent trop, car elles tendraient à faire croire que la publicité est souverainement dangereuse en matière criminelle, où il importe bien plus que les témoins soient à l'abri des menaces, et où les passions, dont on craint l'explosion, sont bien plus vivement excitées. Et cependant l'expérience a fait justice de ces craintes, qui se sont rarement réalisées, là où la preuve testimoniale a été administrée à l'audience. La troisième critique est plus grave, au point de vue pratique. La nécessité d'employer trois juges au lieu d'un seul, pour le même service, pourrait embarras-

[1] C'est en ce sens qu'Adrien disait (l. 3, § 3, ff. *de testib.*) : *testibus se, non testimoniis crediturum.*

ser un assez grand nombre de tribunaux, déjà surchargés d'affaires. Il est vrai qu'on répond à cette objection, qu'alors la loi se contredit elle-même, puisqu'elle prescrit l'audition publique des témoins en matière sommaire. Mais qui ne voit que, lorsqu'il s'agit d'un petit nombre de témoins, il est plus simple de les entendre de suite, que de les renvoyer devant un juge commissaire, pour prendre ensuite connaissance des procès-verbaux ; tandis que, si l'enquête doit être fort longue, le renvoi fera gagner au tribunal un temps considérable? Sans doute, la procédure écrite a aussi ses longueurs, à raison des nullités qu'on peut souvent y invoquer ; mais ces incidents, qui après tout ne sont qu'éventuels, absorbent-ils en moyenne tout le temps qu'exigerait l'audition publique des témoins? Il est permis d'en douter. L'expérience du canton de Genève, où la publicité de l'enquête a été rétablie au civil par la loi de procédure de 1819, ne saurait être décisive pour nous. En effet, d'après l'exposé des motifs de M. Bellot, la moyenne des enquêtes au tribunal civil de Genève ne dépassait pas le chiffre de cinq par an. Là où le poids était si léger, la surcharge n'a pas pu être bien sensible. Nous serions assez portés à croire, non que l'enquête publique ne vaut pas mieux que l'enquête secrète, mais qu'un changement de législation en cette matière ne saurait s'improviser, et devrait se combiner avec une modification de l'organisation judiciaire, qui l'adaptât à cette importante réforme.

163. Entrant maintenant dans les détails de la législation actuelle, occupons-nous d'abord de l'audition des témoins dans les matières civiles ordinaires, où on s'est moins écarté des errements de l'ancienne jurisprudence.

PREMIÈRE FORME DE L'ENQUÊTE.

ENQUÊTE ÉCRITE.

(MATIÈRES CIVILES ORDINAIRES.)

164. La délégation de certains magistrats pour aller recueillir les dépositions, délégation motivée dans l'origine par l'éloignement des témoins, est très-ancienne dans notre pratique française : « Telles manières de gens, » dit Beaumanoir (ch. 40), « qui sunt baillié pour oïr tesmoins, » sunt appelé *auditeur*, porce que il doivent oïr ce que li » tesmoins diront, et fere escrire lor dit, et seeler de lor » seaus, et raporter le dit des tesmoins escris et seelés » en jugement, par devant les jugeurs à qui le querele » apartient à jugier. » Nous trouvons en effet dans les *Olim*, qui constatent les décisions du parlement de Paris dès le temps de saint Louis, un nombre considérable d'arrêts rendus à la suite d'enquêtes (voir les curieux détails donnés par M. le comte Beugnot sur les plus anciennes enquêtes, dans la note première de son travail sur les *Olim*). Nous avons même encore plusieurs enquêtes originales, qui remontent au temps de Philippe - Auguste (voir ces textes à la fin de la note citée). Les auditeurs ou *enquêteurs* procédaient alors publiquement. La délégation de l'enquête est donc plus ancienne que le secret, qui ne s'y est introduit que progressivement, par les motifs que nous avons indiqués [1]. Des chambres spéciales, connues sous

[1] *L'inquisition*, sorte d'enquête spéciale (*inquisitio*), était elle-même publique dans l'origine. Ce fut le pape Boniface VIII qui y introduisit le secret, sous prétexte du danger que pouvaient courir les témoins.

le nom de *chambre des enquêtes*, furent établies dans les parlements, pour juger les affaires où il y avait lieu à prouver par témoins. La forme des enquêtes écrites était réglée dans l'ancienne jurisprudence par l'ordonnance de 1667. Nous allons voir que la marche de cette ordonnance, déjà meilleure que celle du droit antérieur, a encore été notablement améliorée par le Code de procédure civile.

165. Jetons d'abord un coup d'œil sur l'ensemble de l'enquête. Nous nous demanderons ensuite par quelles sanctions la loi a garanti l'assistance et la véracité des témoins; puis quelles sont les personnes dont la déposition est repoussée d'une manière plus ou moins absolue. Nous terminerons par l'appréciation des témoignages, et par l'examen de l'influence de l'enquête sur la décision définitive.

§ 1. Marche générale de l'enquête.

166. La même défiance, qui a fait restreindre singulièrement l'admissibilité de la preuve testimoniale, a porté le législateur à imposer aux enquêtes des formes rigoureuses, dont l'inobservation entraîne nullité. Il semble que, dans les cas même où cette preuve a été reçue en matière civile, on veuille l'enfermer dans une sorte de cercle de Popilius, hors duquel il lui soit défendu de se mouvoir. Cette rigueur atteint-elle le but que s'est proposé la loi? C'est ce que nous examinerons bientôt, quand nous aurons des éléments suffisants pour pouvoir nous prononcer en connaissance de cause.

167. Quand une enquête peut-elle être ordonnée? Faut-il nécessairement supposer une procédure déjà entamée, dont l'enquête serait un incident aux termes de l'article 252 du Code de procédure, qui prescrit d'articuler les faits par un simple acte de conclusion, d'avoué à

avoué? Ou bien faut-il dire que cet article statue seulement *de eo quod plerumque fit*, et admettre les enquêtes *in futurum* abolies par l'ordonnance de 1667 (titre 13, art. 1er)? Il n'est pas douteux en fait que ces enquêtes ne puissent offrir de l'utilité. On peut craindre de se trouver privé, lors de l'échéance de l'obligation, d'un témoin essentiel âgé, malade, ou sur le point d'entreprendre un long voyage. La partie qui demande à faire à ses propres frais une enquête qui bientôt deviendrait impossible, est extrêmement favorable, et l'opposition de la partie adverse en pareille circonstance ressemble fort à de la mauvaise foi. Cette procédure avait été puisée par le droit canonique dans un texte d'Ulpien (l. 3, § 5, ff. *de Carbon. edict.*), où il décide que l'application de l'édit Carbonien, qui renvoyait à l'époque de la puberté de l'enfant le jugement des questions d'état qui le concernaient, doit cesser, lorsqu'on a juste sujet de craindre que les témoins ne viennent à manquer : *aut stulti aut iniqui prætoris erit rem differre* (voyez aussi Paul, l. 40, ff. *ad leg. Aquil.*). Quel motif porta donc les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 à abolir ces enquêtes? L'abus qu'on en avait fait dans la pratique. On obtenait de la chancellerie, sur la simple allégation de la maladie ou du prochain voyage d'un témoin important, la permission de faire une enquête de cette nature, sans communication à la partie adverse; et lorsque l'enquête était terminée, le témoin moribond recouvrait la santé, ou bien le témoin voyageur renonçait à quitter son pays. Ces abus parurent tellement invétérés au dix-septième siècle, qu'on désespéra de les corriger, et qu'on aima mieux supprimer l'institution. Aujourd'hui ils ne peuvent guère se reproduire. La chancellerie n'a plus le pouvoir d'ordonner d'autorité l'administration d'une preuve qui ne serait pas permise par les tribunaux; on

n'y procédera donc jamais qu'en connaissance de cause. Les formes de l'enquête exigent impérieusement la communication à l'autre partie. Il n'y a donc plus même motif qu'alors, et l'abrogation prononcée par l'ordonnance n'est plus reproduite par le Code de procédure, qui ne fournit, en faveur de la prohibition, qu'un argument *a contrario*. C'est donc avec raison que les cours de Nîmes (arrêts des 6 janvier et 29 mars 1808) et de Rennes (arrêt du 31 décembre 1809) ont autorisé, pour justes causes, des enquêtes d'examen à futur. Et on ne saurait soutenir qu'il suffit en pareil cas de faire déposer les témoins devant un notaire. Une enquête qui n'est pas contradictoire ne peut me fournir une garantie sérieuse contre la mauvaise foi de mon adversaire. L'admission de cette procédure met d'ailleurs les règles sur la preuve testimoniale en harmonie parfaite avec celles sur la preuve littérale, qui autorisent spécialement la demande en reconnaissance d'écriture avant l'échéance [1].

168. L'argument *a contrario*, que l'on prétend tirer du texte de l'article 252, est d'autant plus faible que cet article a un tout autre but, celui de reproduire une disposition de l'ordonnance (tit. 20, art. 2), qui fut en 1667 une salutaire innovation. Jusqu'à cette époque, les plaideurs se signifiaient des requêtes, des répliques et des dupliques, jusqu'à ce qu'ils fussent d'accord sur les faits à prouver. Cet abus fut alors supprimé. De là le simple acte de conclusion, sans écritures ni requête, dont parle le Code de procédure, acte qui, dans la pensée des rédacteurs, n'est pas opposé à un exploit, auquel ils ne

[1] Le Code de procédure néerlandais (liv. III, tit. VI, sect. XI) a tout récemment consacré le système de l'*enquête provisoire*, connu dans les anciens usages de la Hollande sous le nom d'*enquête valétudinaire*, à raison des craintes relatives à la santé des témoins, qui motivent souvent cette procédure spéciale.

songeaient nullement, mais bien à une requête développée, qui est rejetée par le Code, en ce sens qu'elle ne serait pas allouée en compte (tarif, art. 71). Il ne s'agit après tout que d'une question de tarif, et non pas d'une nullité. La partie adverse doit, également par un simple acte (même art. 252), dénier ou reconnaître les faits dans les trois jours. On pense généralement, ainsi que l'a jugé la cour de Colmar le 6 juin 1822, que ce délai n'est pas fatal, et que vous pouvez dénier, tant que l'adversaire n'a pas pris acte de votre silence. S'il n'y a pas dénégation, les faits *peuvent* être tenus, dit la loi, pour confessés ou avérés. On peut conclure de là, non-seulement, ce qui est évident, que, dans les cas où l'aveu ne fait pas preuve, comme dans les questions de séparation de corps, l'enquête sera toujours ordonnée; mais encore que, dans tous les cas, le juge sera autorisé à apprécier les motifs du silence de l'avoué, par exemple, le défaut de pouvoirs en l'absence de son client, et à lui accorder un nouveau délai.

169. En supposant les faits déniés, la preuve n'en doit être reçue (art. 253, *ib.*) qu'à deux conditions : 1° qu'ils soient admissibles, c'est-à-dire concluants et vraisemblables en eux-mêmes, ainsi que nous l'avons expliqué dans nos notions générales sur la marche de la preuve; 2° que la loi n'en défende pas la constatation, soit qu'elle prohibe la révélation du fait même, comme s'il s'agit d'une filiation incestueuse et adultérine, soit qu'elle prohibe seulement la preuve testimoniale, comme dans les cas nombreux où nous avons vu que cette preuve n'était pas admise. La première de ces conditions, celle qui touche à l'admissibilité des faits, est laissée à l'appréciation du juge. La seconde seule, celle qui concerne l'étendue des prohibitions légales, peut donner lieu à un pourvoi en cassation. Le tribunal est autorisé du reste, en se conformant aux mêmes restrictions, à ordonner la preuve

d'office (art. 254, *ib.*). Au contraire, il n'est pas obligé de l'ordonner, par cela seul qu'une partie la réclame, même en supposant le concours de toutes les conditions exigées, si les autres documents de la cause suffisent pour l'éclairer (arr. de rej. du 9 novembre 1814 et du 3 janvier 1832).

La preuve contraire est de droit (art. 256, *ib*). Mais il ne faut pas confondre la contre-enquête, où l'on administre cette preuve contraire, avec l'enquête également principale, qui tend à établir des faits différents, et non pas simplement à contredire les assertions du demandeur. Ainsi, une enquête ayant lieu pour établir contre moi l'existence d'une créance de cent cinquante francs au plus, je pourrai, de mon côté, sans avoir fait aucune réserve dans le jugement interlocutoire, assigner des témoins pour justifier que je n'ai jamais contracté la dette. Mais si je soutenais qu'il y a eu payement ou remise, j'alléguerais un fait nouveau, pour lequel j'aurais besoin d'obtenir l'autorisation spéciale de faire enquête. Cette seconde enquête pourrait donner lieu à son tour à une contre-enquête de la part du demandeur primitif.

Si la contre-enquête ne peut porter sur des faits qui ne seraient pas la négation directe de ceux que le demandeur allègue, le demandeur, lui, pourra-t-il faire porter l'enquête sur des points qui n'ont pas été visés dans le jugement, lequel doit désigner les faits à prouver (art. 255, *ib.*)? Nul doute que le juge commissaire ne puisse se refuser à entendre des dépositions qui sortiraient du cercle tracé par le tribunal. Mais si, en fait, de pareilles dépositions ont été reçues, on se demande s'il sera permis aux juges d'en tenir compte pour motiver leur décision. En faveur de l'affirmative, admise par un arrêt de rejet du 4 février 1836, on dit que le tribunal, en articulant les faits sur lesquels doit porter l'enquête, entend lier les

parties, mais non pas se lier lui-même; que, pourvu qu'il estime vrais dans sa conscience les points qui ressortent de l'enquête, peu importe que ces points figurent à l'avance dans tel ou tel acte. Nous trouvons plus conforme à l'esprit de la loi un arrêt de la cour de Bordeaux, du 26 juin 1830, qui refuse au demandeur la faculté de faire entendre les témoins sur des faits nouveaux, de peur que cette faculté ne devienne un piége pour le défendeur, qui, enfermé dans de courts délais, ne pourrait contredire des allégations tout à fait imprévues. Cette opinion respecte davantage le principe de la liberté de la défense, qui exige une complète égalité de position entre les deux parties. Après tout, l'indépendance du juge n'est pas compromise, puisqu'il peut toujours ordonner une seconde enquête, si, dans la première, le litige a pris une nouvelle face.

170. De crainte que l'on n'ait trop de facilité pour séduire les témoins, la loi s'est départie ici de la latitude qu'elle accorde d'ordinaire aux parties pour l'exécution des décisions interlocutoires. Elle établit deux délais de huitaine, l'un pour ouvrir, l'autre pour terminer l'enquête. Le premier de ces délais (art. 257, *ib.*) court, pour les jugements contradictoires, à partir de la signification à avoué, et pour les jugements par défaut non susceptibles d'opposition, comme ceux rendus après jonction de défaut (*ib.*, art. 153), à partir de la signification à personne ou domicile. « Si le jugement est susceptible » d'opposition, ajoute l'article 257, le délai courra du » jour de l'expiration des délais de l'opposition. » Point de difficulté, s'il s'agit d'un jugement par défaut faute de conclure. La huitaine pour commencer l'enquête commence après l'expiration d'un premier délai de huitaine à partir de la signification à avoué, délai pendant lequel l'opposition est recevable (*ib.*, art. 157). Mais s'il s'agit

d'un défaut faute de comparaître, l'opposition, aux termes de l'article 158, est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. Mais l'exécution du jugement, c'est l'ouverture même de l'enquête. Si donc cette exécution était le point de départ du délai de huitaine établi par l'article 257, il faudrait dire que la loi accorde huitaine pour faire enquête, à partir de l'ouverture même de l'enquête; ce qui implique évidemment contradiction. L'opinion la plus raisonnable, qui a été parfaitement mise en lumière par Boitard (commentaire sur cet article 257), consiste à croire que le législateur n'a pas eu présente à la pensée la distinction qu'il avait introduite entre les deux natures de défauts, quant à la faculté de former opposition; et que dès lors, dans le second cas comme dans le premier, les *délais de l'opposition* doivent s'entendre d'un délai de huitaine à dater de la signification, qui doit se faire ici à personne ou domicile, mais par huissier commis[1] (*ib.*, art. 156).

Le délai pour interjeter appel n'est pas suspensif; mais l'appel interjeté, ainsi que l'opposition formée, produisent leur effet ordinaire, contrairement à ce qui avait lieu sous l'ordonnance de 1667 (tit. 22, art. 2).

Sans s'attacher à l'adage : *Nul ne se forclot soi-même*, adage qu'appliquait l'ordonnance de 1667, la loi, dans un intérêt de célérité et d'économie, veut que la signification du jugement fasse courir les délais pour ouvrir l'enquête, non-seulement contre la partie adverse, mais encore contre celle-là même qui a signifié le jugement.

Quant aux nullités qui peuvent résulter, soit de l'inob-

[1] Plusieurs auteurs, notamment Pigeau, veulent qu'aux termes de l'article 158, l'opposition soit recevable jusqu'à la notification de l'ordonnance du juge-commissaire qui ouvre l'enquête. Mais alors d'où partirait le délai pour faire enquête? Comment l'opposition peut-elle être recevable jusqu'à l'exécution, quand c'est à l'expiration des délais de l'opposition que commence la huitaine pour exécuter?

servation de ces délais, soit de l'irrégularité des assignations faites aux parties et aux témoins, ce serait sortir de notre sujet que de nous y arrêter; le lecteur peut se reporter aux ouvrages spéciaux sur la procédure. Remarquons seulement que le point de départ de ces délais si rigoureux est une signification qui peut tarder, et qui tarde souvent dans la pratique. On peut donc dans l'intervalle pressentir les témoins, et la brièveté du temps qui le suit n'est plus qu'un remède illusoire. Nous allons voir que cette contradiction n'est pas la seule qu'offre le système de la loi.

171. En effet, l'ordonnance de 1667 (tit. 22, art. 2) avait voulu que l'enquête s'ouvrît effectivement dans la huitaine de la signification. A partir de cette ouverture commençait le second délai de huitaine dans lequel l'enquête devait être parachevée. Ainsi, sauf prorogation pour justes causes, tout devait être terminé dans la quinzaine de la signification. L'affaire devait donc marcher avec une extrême rapidité. Mais malheureusement ce système n'était souvent pas praticable. Comme on n'y tenait pas compte de la possibilité de l'éloignement des témoins, il arrivait souvent que le juge n'avait aucun témoin présent à entendre dans la huitaine de la signification, et on exécutait alors la loi d'une manière dérisoire, en assignant la première personne venue, qui déclarait ne rien savoir touchant les faits allégués. Le délai de huitaine, à partir de cette déposition fictive, devenait à son tour insuffisant, et il fallait de toute nécessité obtenir une prorogation. Le Code de procédure n'a plus voulu exiger, ce qui est souvent impossible dans un aussi court délai, l'ouverture réelle de l'enquête. « L'enquête, dit l'article 259, est censée commencée, pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge commissaire, à l'effet d'assigner les témoins aux jour et heure

» par lui indiqués. » Mais le point de départ du second délai de huitaine, que l'on donne pour achever l'enquête, n'est plus fixe comme autrefois. « L'enquête, dit l'article 278, sera respectivement parachevée dans la huitaine de l'audition des premiers témoins. » Le jour de cette audition ou de l'ouverture réelle de l'enquête est laissé à la discrétion du juge, qui doit combiner les délais des assignations de manière à ce que les témoins les plus éloignés puissent faire leur déposition avant l'expiration du temps fixé; sauf prorogation ordonnée à l'avance par le jugement interlocutoire, ou sur la demande des parties pendant les délais (*ib.*, art. 278, 279). Les mots *respectivement parachevée* s'entendent, d'après les observations du tribunat, en ce sens que l'enquête et la contre-enquête peuvent avoir chacune leur point de départ spécial, pourvu que chacune d'elles n'absorbe pas plus de huit jours, y compris celui de l'audition des premiers témoins. On voit qu'il y a un second intervalle indéfini entre l'ouverture fictive de l'enquête par la délivrance de l'ordonnance du juge commissaire, et l'ouverture réelle, lors de la première déposition. Nous sommes loin de critiquer la modification raisonnable qu'a subie le système de l'ordonnance; mais que devient alors cette accélération extrême de la procédure, que l'on suppose nécessaire pour prévenir la corruption? Il ne faut pas un temps si considérable pour séduire un témoin, qu'on ne puisse y parvenir, lorsqu'on a pour le faire deux intervalles indéfinis, joints à deux délais de huitaine. Ce n'est pas tout encore. L'ordonnance exigeait qu'on poursuivît l'enquête nonobstant opposition ou appel : ce qui était rigoureux, mais parfaitement conséquent. Le Code de procédure ayant abandonné ce système, il est clair qu'on peut se ménager un temps considérable par la voie de l'opposition ou de l'appel, et déjouer ainsi toutes les combinaisons du législateur. Après

cela, que doit-on penser des décisions judiciaires (voir notamment un arrêt de la cour de Pau du 28 novembre 1837) qui n'accordent, après la signification de l'arrêt confirmatif, que la partie du délai pour faire enquête, qui restait à courir lors de l'appel interjeté; de sorte que, si l'appel avait eu lieu le huitième jour à dater de la signification du jugement de première instance, il ne resterait plus qu'un jour au plus pour ouvrir l'enquête, à partir de la signification de l'arrêt confirmatif? Comment n'a-t-on pas senti que cette rigueur était en pure perte, lorsque les parties avaient eu à leur disposition tout l'intervalle qui précède la procédure d'appel et toute la durée de cette procédure? Le résultat le plus net de ce système contradictoire, c'est la multiplication de nullités, dont l'utilité est loin d'être prouvée. Si l'on veut maintenir les enquêtes écrites, il faudrait au moins chercher à les organiser d'une manière plus rationnelle.

172. Une grande amélioration apportée par le Code à la marche de l'ordonnance, c'est l'admission des parties à l'enquête (*ib.*, art. 261), où autrefois chaque témoin déposait seul devant le juge-commissaire, les parties n'étant appelées qu'à la prestation de serment des témoins, qui se faisait alors collectivement et à l'avance. Pratiquée sous l'empire du décret du 7 fructidor an III, cette admission fut reconnue si utile pour le contrôle des dépositions, qu'elle prévalut au conseil d'État, malgré les répugnances de l'opinion, alors trop en crédit, qui s'attachait avec complaisance aux errements du passé.

On assigne la partie, trois jours au moins avant l'audition, au domicile de son avoué. Ici la loi n'indique pas expressément, comme elle le fait pour l'assignation des témoins (dont le délai ordinaire est d'un jour seulement) (*ib.*, art. 260), une augmentation de délai à raison de l'éloignement du domicile de la partie. Plusieurs cours

royales avaient dès lors jugé que le délai de trois jours était fixe : conclusion déplorable, qui mettait dans l'impossibilité d'assister à l'enquête les personnes qui ne se trouvaient pas sur les lieux. La cour de cassation est entrée dans le véritable esprit de la loi, en décidant par arrêt de cassation, sections réunies, le 28 janvier 1826, que le délai d'augmentation devait être suppléé.

173. Lorsque l'enquête est terminée, ou du moins lorsqu'elle a dû l'être, le laps de temps fixé par la loi étant expiré, la partie la plus diligente (*ib.*, art. 286) fait signifier à l'avoué copie des procès-verbaux, c'est-à-dire de l'enquête et de la contre-enquête. Ce système est plus simple que celui de l'ordonnance, qui exigeait des significations réciproques. « L'enquête est une, » portent les observations du tribunat; « elle se compose de la preuve » directe et de la preuve contraire. » Mais il y aurait lieu à double signification, s'il y avait eu enquête respective. L'audience est poursuivie sur un simple acte. Les significations d'écritures sont repoussées au terme de la procédure, comme elles l'ont été au début.

174. Enfin, si l'enquête est annulée, pourra-t-on en ordonner une nouvelle? Une distinction qui domine la matière consiste à voir à qui la nullité est imputable. Si elle provient du juge-commissaire (*ib.*, art. 292), l'enquête est recommencée à ses frais. Peut-on alors faire entendre de nouveaux témoins, ou doit-on se borner à assigner les mêmes témoins, en se reportant à la première enquête, si quelques-uns d'entre eux étaient dans l'impossibilité de déposer? Sans doute, en ce qui touche les frais, on ne peut mettre de nouvelles assignations à la charge du juge condamné. Mais pourquoi le demandeur ne pourrait-il pas être autorisé à assigner de nouveaux témoins à ses frais, sauf au défendeur à user de la même faculté pour sa contre-enquête? Telle paraît avoir été la

pensée des rédacteurs de l'ordonnance de 1667, puisqu'on demanda dans la discussion s'il serait possible de faire entendre les mêmes témoins; ce qui fut décidé. Or, la controverse seule prouve que l'on entendait autoriser l'audition de témoins nouveaux; autrement, pour ceux qui refusaient d'admettre les anciens, l'enquête se serait trouvée réduite à rien. Y a-t-il quelque motif pour être plus rigoureux aujourd'hui? Un arrêt de la cour de Limoges, du 13 juin 1818, a décidé en ce sens.

Mais si la nullité provient de l'avoué ou de l'huissier (*ib.*, art. 293), on a craint qu'un concert frauduleux entre l'officier et son client ne ménageât à ce dernier la faculté de revenir contre une enquête défavorable, et l'on décide que l'enquête ne pourra être recommencée, sauf le recours de la partie en dommages-intérêts [1]. Cette règle souffre d'abord une exception évidente dans les matières qui intéressent l'ordre public, comme les séparations de corps, où il est impossible au juge de s'abstenir, et où il ne doit cependant statuer qu'après enquête (voyez un arrêt de la cour de Caen, du 24 avril 1839). Mais peut-il, en matière ordinaire, recommencer d'office l'enquête, que les parties ne sont plus recevables à solliciter? La question est vivement controversée. On invoque pour l'affirmative la défaveur des déchéances dans une procédure aussi hérissée de nullités, et les termes généraux de l'article 254 du Code de procédure sur l'enquête d'office. Mais il faut avouer que le texte de l'article 293, qui, à tort ou raison,

[1] Plusieurs cours d'appel, dans leurs observations sur le projet, avaient critiqué cette disposition. Le danger de collusion, qui a frappé le législateur, n'est pas aussi grave qu'il le paraît. Une partie n'ayant jamais le droit de demander la nullité de sa propre enquête, il faut supposer que l'adversaire croit avoir lui-même intérêt à la faire annuler; ainsi le danger prévu ne se rencontre que dans des circonstances toutes particulières, par lesquelles il est difficile de motiver une nullité prononcée pour tous les cas.

défend de recommencer l'enquête, ne se prête guère à une interprétation aussi bénigne. Un arrêt de rejet, du 12 décembre 1825, dont la doctrine a été suivie par un grand nombre d'arrêts de cours royales plus récents, déclare la lettre de l'article 293 applicable au cas où l'enquête est nulle, mais refuse d'étendre au cas de simple déchéance, pour avoir laissé expirer les délais, une disposition déjà assez sévère, là où elle est directement appliquable.

§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins.

175. L'administration efficace de la preuve testimoniale suppose : 1° que les témoins des faits dont on demande à faire la preuve sont connus; 2° qu'ils sont obligés de venir déposer en justice; 3° que leur déposition est sincère.

176. Si les personnes qui ont quelques renseignements à donner sur les faits litigieux sont inconnues des parties, convient-il de provoquer leur zèle au moyen d'admonitions officielles? Les avertissements donnés autrefois par l'intermédiaire des curés aux prônes, et connus sous le nom de *monitoires*, s'appliquaient, suivant le témoignage de Pothier (*Traité de la procédure criminelle*, sect. II, art. IV), même en matière civile, au cas de détournement d'effets d'une succession, d'une communauté, d'une faillite. Aujourd'hui les monitoires peuvent tout au plus, comme nous le verrons, être employés en matière criminelle. Cette voie extraordinaire, qui met en jeu les rapports si délicats du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel, ne saurait être suivie dans un intérêt purement pécuniaire. Il n'existe alors aucun procédé judiciaire tendant à rechercher les témoins inconnus; c'est aux parties intéressées à multiplier leurs investigations personnelles, afin de les découvrir.

177. Mais les témoins connus peuvent-ils refuser d'acquitter la dette dont ils sont tenus envers la justice sociale? Justinien paraît avoir le premier, en matière civile [1] (l. 16, Cod., *de testib.*), érigé ce devoir en obligation légale; et cette innovation n'est pas une des moins salutaires qu'ait introduites cet empereur. L'ordonnance de 1667 (tit. 22, art. 8) punissait d'une amende de dix livres les témoins qui refusaient de comparaître. Aujourd'hui le Code de procédure (art. 263) prononce une amende dont le *maximum* est de cent francs, et des dommages-intérêts qui ne peuvent être inférieurs à la somme de dix francs [2]. Le second défaut de la part des témoins réassignés (*ib.*, art. 264) entraîne une amende de cent francs; et il est loisible au juge-commissaire, s'il estime la déposition essentielle, de décerner contre le réfractaire un mandat d'amener, qui autorise l'emploi de la force publique pour le conduire devant le tribunal (Inst. crim., art. 99). On est assez d'accord pour reconnaître que le refus de répondre doit équivaloir au refus de comparaître. De quel secours peut être pour la découverte de la vérité une assistance purement matérielle? Mais il serait impossible, à peine de tomber dans l'arbitraire, de considérer comme n'ayant pas déposé celui dont les réponses seraient estimées insuffisantes. Du reste, indépendamment de ces condamnations pécuniaires, le Code pénal (art. 236), prononce un emprisonnement de six jours à deux mois contre les témoins qui auraient allégué de fausses excuses.

[1] Quintilien nous apprend en effet (*Instit. orat.*, liv. V, ch. VII, § 9) qu'il y avait de son temps des témoins volontaires, et des témoins obligés à comparaître : *Duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus judex in publicis judiciis lege denuntiare solet.*

[2] Remarquez qu'il ne s'agit pas, dans cette dernière sanction, d'une peine dont le *maximum*, sauf des cas exceptionnels (Code civ., art. 192), ne saurait être indéterminé dans le droit moderne, mais de dommages-intérêts qui sont généralement laissés à l'appréciation du juge, parce qu'il est impossible d'en faire l'évaluation *a priori*.

D'autre part, il ne serait pas juste que le service rendu par le témoin lui devînt onéreux. Une indemnité lui est donc allouée, mais dans le cas seulement où il requiert taxe (Code de proc., art. 277; Tar. civ., art. 167).

Toutefois deux motifs peuvent dispenser de venir déposer en justice : la dignité ou les fonctions du témoin, et l'obligation du secret qui lui serait imposée par sa profession.

178. Dans le premier cas, il n'y a pas pour lui dispense de faire sa déclaration, mais seulement de comparaître en justice. Il paraît que les immunités de cette espèce étaient rares dans l'ancien droit. On cite plusieurs évêques qui furent contraints de se rendre en personne auprès du juge-commissaire, et il fallut un avis des avocats généraux du parlement de Paris, à la date du 1er août 1642, pour consacrer le principe qui autorisait les princes du sang à faire de simples déclarations par écrit. Nos lois modernes ont beaucoup étendu cette faculté. La loi du 20 thermidor an IV l'accorde aux membres du corps législatif et du directoire, et aux ministres ou agents auprès des cours étrangères. La règle que pose cette loi fut successivement appliquée aux caissiers et contrôleurs du trésor public, par la loi du 21 fructidor an VII; aux conseillers d'État, par un avis du conseil d'État lui-même, à la date du 14 germinal an VIII; aux sénateurs, aux préfets et aux maires, par l'arrêté consulaire du 7 thermidor an IX; enfin aux commissaires généraux de police, par le décret du 20 juin 1806. De plus le Code d'instruction criminelle (art. 510 et suiv.) trace, pour la déposition des princes et des fonctionnaires les plus élevés, certaines formes qu'on applique, par identité de motifs, au civil; sauf à combiner le tout avec le décret du 4 mai 1812, relatif à la citation en témoignage des ministres et des principaux fonctionnaires de l'État.

En Angleterre, au contraire, Bentham nous rapporte que l'obligation pour tous de venir déposer en personne est strictement maintenue. « Supposez, dit-il (observa- » tions sur l'article 21 de son projet d'organisation judi- » ciaire), que le prince de Galles, l'archevêque de Can- » torbéry et le lord chancelier viennent à passer, tandis » qu'un ramoneur et une chiffonnière se disputeraient » pour un sou de pommes, pourraient-ils refuser de se » rendre en justice, si l'un des deux adversaires jugeait » à propos de les appeler en témoignage? » Cette marche a quelque chose d'éminemment libéral; mais il serait peut-être difficile de l'introduire dans nos mœurs.

179. Il y a dispense complète de témoigner pour les personnes que leur profession astreint au secret. En effet, le Code pénal (art. 378) punit d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs les médecins, sages-femmes et autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui auront révélé ces secrets: preuve évidente que c'est pour elles non-seulement un droit, mais même un devoir de garder le silence. D'accord sur le principe, on a été souvent partagé sur l'étendue de l'application qu'il doit recevoir. Ainsi on s'est demandé si les notaires (pour les avocats et avoués il n'y a jamais eu de doute) étaient au nombre des personnes obligées par état à la discrétion. Les décisions diverses de la jurisprudence sur ce point peuvent se concilier en fait, si on tient compte de la nature plus ou moins confidentielle des points qu'il s'agissait de révéler. Quant aux ministres du culte, nul doute qu'il ne soit légalement impossible de les interroger sur ce qui leur a été confié sous le sceau de la confession. « Ce que je sais par la confession, » disait saint Augustin, » je le sais moins que ce que je n'ai ja- » mais su. » Mais on a vivement débattu la question de

savoir si une confidence faite à un prêtre comme prêtre, bien qu'en dehors de l'administration du sacrement de pénitence, devait jouir de la même inviolabilité. C'est avec raison, suivant nous, que la cour de cassation (arrêt de cassat. du 30 novembre 1810) a jugé l'affirmative, et que plus récemment la cour d'Angers (arrêt du 31 mars 1841) a étendu le même voile sur les faits qu'un évêque n'avait appris que dans l'exercice de sa juridiction canonique. Le système contraire détruirait la confiance, qui seule peut amener le repentir, en donnant au prêtre les apparences d'un délateur d'autant plus odieux qu'il serait revêtu d'un caractère sacré.

180. Il ne suffit pas d'obtenir la déposition des témoins, il faut encore que leur déposition soit sincère. Les garanties que l'on peut avoir de cette sincérité dérivent, ou de la nature morale de l'homme, ou du sentiment religieux, ou de la crainte d'une peine prononcée par la loi.

180. La sanction naturelle de la véracité des témoins se trouve dans ce sentiment puissant qui porte l'homme à dire la vérité, et qui fait que, lorsqu'il veut la trahir, il est obligé de se faire violence. Le vrai et le juste sont deux pôles vers lesquels tend sans cesse l'esprit humain, lorsqu'il n'est pas corrompu. Bentham (*Preuves judiciaires*, liv. I, chap. X), voulant tout rapporter à l'utilité, s'évertue à substituer une autre explication à cette explication si simple et si évidente de la foi qu'on accorde au témoignage d'un honnête homme. « Naturellement, dit-il, on » évite le sentier scabreux, on prend la route la plus fa- » cile; le motif qui nous y porte est *l'amour de l'aise*, mo- » tif qui agit souvent à notre insu, mais dont l'influence » est plus grande qu'on ne le croit communément. Voyons » comment elle opère dans le cas du témoignage. Rap- » porter un fait tel qu'il se présente à l'esprit est l'œuvre » de la mémoire; rapporter comme un fait réel des cir-

» constances qui n'ont point existé, c'est l'œuvre de l'in-» vention... Or le travail de l'invention est plus pénible » que celui de la mémoire. Voilà donc une peine évitée » par celui qui exprime la vérité pure et simple. » Ainsi, suivant Bentham, celui dont le faux témoignage vient de causer un énorme préjudice à autrui, n'éprouve d'autre peine que la fatigue d'avoir imaginé un récit compliqué, et celui qui déclare la vérité ne le fait que par *paresse;* ce sont ses propres expressions. De pareilles doctrines se réfutent assez d'elles-mêmes. On regrette de les trouver dans le travail de Bentham, à côté de tant d'observations si utiles et si sages.

182. La sanction religieuse consiste à obliger le témoin à prêter serment, c'est-à-dire à appeler sur lui la vengeance de la divinité même, si sa déclaration n'est pas sincère. L'usage du serment paraît avoir été ancien à Rome. *De parvulâ summâ judicaturo,* dit Sénèque (*De irâ*, liv. II, ch. 19), *tibi res sine teste non probaretur; testis sine jurejurando non valeret.* La prescription de serment fut expressément renouvelée par Constantin (l. 9, Cod., *de testib.*) Elle paraît avoir été observée aussi de temps immémorial dans la pratique française. Ce que nous dirons plus tard du degré d'efficacité du serment, en tant qu'il se rapporte aux parties, est également applicable aux témoins. Nous traiterons aussi au siége de la matière des diverses formes qu'il peut revêtir, et de la dispense même du serment, réclamée par certaines sectes.

183. Quelque opinion qu'on ait sur l'efficacité du serment, on reconnaît que la corruption des hommes ne permet pas de considérer cette sanction comme suffisante. A Rome, la peine capitale, portée par la loi des Douze Tables (Aulugelle, liv. XX, ch. I), et qui consistait à être précipité du haut de la roche Tarpéienne, ne s'appliquait

probablement qu'en matière criminelle[1]. Plus tard, le faux témoignage fut considéré comme une espèce de faux (Modestin, l. 21, ff. *ad leg. Cornel. de Fals.*). La peine, qui était autrefois l'exil ou la relégation, paraît être devenue tout à fait arbitraire dans le droit de Justinien (comparez le texte original de Paul dans le livre V, tit. XV, § 5, de ses Sentences, avec ce même texte remanié au Digeste, dans la loi 16, *de testib.*). Chez nous, plusieurs ordonnances, notamment celle de 1585, frappèrent indistinctement de la peine de mort le faux témoignage en matière civile et en matière criminelle. Mais nos anciens criminalistes attestent qu'au civil, cette rigueur n'a jamais été suivie dans la pratique.

La législation actuelle, sans aller aussi loin que les anciennes ordonnances, déploie une juste sévérité contre ceux qui corrompent ainsi les sources de la justice. Le Code pénal (art. 363) punit de la peine de la réclusion le faux témoin en matière civile. Du reste, à la différence du droit romain (Zénon, l. 13 Cod., *de test.*) et des lois anglaises, ce Code ne punit pas spécialement le parjure des témoins, comme il punit celui des parties (Code pén., art. 366); le serment n'est ici qu'une garantie religieuse. Mais le témoin qui a reçu, ou qui s'est fait promettre une récompense, est puni des travaux forcés à temps; il en est de même de celui qui l'a suborné (*ib.*, art. 364 et 365).

184. Indépendamment des sanctions que nous venons de signaler, la véracité du témoin est garantie par une précaution importante, que l'expérience a depuis longtemps justifiée : on l'oblige à déposer oralement, à ne lire aucun projet écrit (Cod. de proc., art. 271). Il lui est

[1] Cela est évident pour la loi Juive, qui prononçait la peine du talion (Deutéronome, ch. 19, vers. 21) : *Animam pro animâ, oculum pro oculo*, etc.

ainsi beaucoup plus difficile de préparer à l'avance un récit mensonger.

§ 3. Exclusion de certains témoins.

185. La législation romaine, comme celle de la plupart des peuples, rejetait complétement le témoignage de certaines personnes. Ces exclusions paraissent avoir été rares en matière civile; car on nous cite comme remarquable la prohibition de déposer en faveur de personnes de la même famille que le témoin : *etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur* (Valér., l. 3, Cod., *de testib.*). En dehors de ces exclusions, le degré de foi que pouvait mériter tel ou tel témoignage était laissé à l'appréciation du juge. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*, dit Papinien (l. 13, ff., *eod. tit.*). La faculté de réprouver le témoignage s'entendait en ce sens que le juge devait peser avec la plus scrupuleuse attention la déposition d'un témoin suspect; mais il n'y a aucune trace à Rome d'un système de *reproches*, qui permettrait de s'opposer à l'audition d'une personne capable de déposer, par cela seul qu'on aurait quelque motif pour douter de sa véracité. Ce fut des enquêtes écrites que tira son origine dans notre ancien droit ce système, où l'on s'oppose après coup à la lecture en audience publique des déclarations reçues devant le juge-commissaire. Nous allons traiter successivement de l'exclusion absolue, et des reproches qui sont simplement facultatifs pour l'une des parties.

186. Nos plus anciens monuments de droit français, tels que le Grand Coutumier de Charles VI, qui contient un chapitre des Reproches (liv. III, ch. 26), paraissent confondre l'exclusion avec les reproches proprement dits. La distinction, qui s'établit peu à peu dans la doctrine, n'apparaît bien nettement que dans l'ordonnance de 1667,

Les exclusions y font l'objet d'une disposition spéciale. « Les parents et alliés des parties, y est-il dit (tit. 22, » art. 11), jusqu'aux enfants des cousins issus de ger- » main inclusivement, ne pourront être témoins en ma- » tière civile, pour déposer en leur faveur ou contre eux, » et seront leurs dépositions rejetées. » Cette disposition, vivement critiquée lors de la rédaction de l'ordonnance, notamment par le président Lamoignon, était une grave dérogation à nos anciens usages, qui, à l'imitation des lois romaines, n'admettaient comme cause de rejet péremptoire que la parenté ou l'alliance en ligne directe. Bouteillier raconte dans sa Somme rurale (ch. 106) avoir vu admettre la déposition d'un frère en faveur de son frère *par clercs de droit et sages coutumiers.*

Le Code de procédure (art. 268), revenant sur cette innovation justement critiquée, défend seulement d'assigner le parent ou l'allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé [1]. Le Code, comme l'ordonnance, ne permet pas plus l'assignation d'un proche parent contre vous qu'en votre faveur. On a dit depuis longtemps des relations de parenté : *apud concordes excitamenta caritatis; apud iratos irritamenta odiorum.* Restreinte dans ces limites, la prohibition est justifiable, bien qu'il y ait quelque bizarrerie à recevoir, ainsi que nous le verrons, en matière criminelle, des témoignages qui seraient complétement repoussés dans les questions purement pécuniaires.

Il est toutefois des cas où les témoignages domestiques deviennent nécessaires. Les enquêtes relatives au divorce jadis (Code civ., art. 251), aujourd'hui à la séparation de

[1] Il est évident que l'article 283 du même Code, qui permet de *reprocher* les parents ou alliés jusqu'au sixième degré, ne doit s'entendre que des collatéraux. On n'a pas besoin de reprocher les personnes qui sont exclues.

corps, admettent tous les parents, sauf les enfants des conjoints. On pense généralement qu'il doit en être de même, lorsqu'il s'agit de prouver les naissances, mariages et décès (*ib.*, art. 46). On ne devrait même pas rejeter en ce dernier cas le témoignage des enfants, lorsqu'ils ont pu connaître les faits, puisqu'il n'y a plus lieu alors à invoquer le motif de pudeur publique, qui militait contre leur admission au cas de séparation de corps.

187. Mais il est difficile de justifier une autre nature de prohibitions. C'est celle qui résulte des articles 25 du Code civil, 34 et 42 du Code pénal, qui, attachant à certaines condamnations l'incapacité de témoigner, considèrent le témoignage en justice comme un droit plutôt que comme un devoir. Bentham (*Traité des peines*, édition de Dumont, liv. VII, sect. IV) met avec raison cette prétendue peine, au nombre des peines qu'il appelle *fortuites*, en ce que, frappant au hasard, elles retombent souvent sur l'innocent, au lieu de s'adresser au coupable. « Je suis, dit-il, un aussi mauvais sujet qu'on peut le » supposer; il m'arrive de voir un homme en attaquer » un autre; tous deux me sont étrangers; le battu m'ap» pelle comme témoin, le seul témoin, contre son » agresseur [1]. J'ai été convaincu de parjure, et, si vous » voulez, de vingt parjures; mais les parties sont si pau» vres que ni l'une ni l'autre ne peut m'offrir la plus » petite tentation. Qu'est-ce donc qui pourrait m'induire » à rendre un faux témoignage? Rien. Quel danger y a-t» il à m'entendre? Aucun. Que s'ensuit-il, si on me re» jette? Le triomphe de l'oppresseur. Or un cas de cette » nature n'a rien de singulier, ni d'improbable. » Les conséquences si graves qu'entraîne ce système doivent porter peut-être à adopter, contre l'avis de Boncenne (*Théorie de*

[1] Il faut supposer chez nous l'action intentée au civil; au criminel, il n'y a jamais d'exclusion totale.

la procédure civile, chap. 18), l'idée qu'on doit au moins recevoir, au civil comme au criminel (Code pén., art. 34 et 42), à titre de simples renseignements, c'est-à-dire sans prestation de serment, la déclaration des personnes auxquelles le législateur refuse la qualité de témoins. Cette opinion, qui met la loi civile en harmonie avec la loi criminelle, peut se justifier, soit par les termes généraux des articles précités, qui parlent de simples renseignements, de simples déclarations, sans distinguer quelle est la juridiction saisie; soit par cette considération qu'aucune exclusion absolue n'est prononcée, sous ce rapport, par le titre des enquêtes, où il n'est question que des parents, alliés ou conjoints. Nous verrons bientôt, en nous occupant de l'appréciation des témoignages, quelle est l'autorité de ces renseignements. Notre opinion du reste offre peu de danger, si tant est qu'il y ait du danger à entendre ce genre de déposition, puisque dans la plupart des cas[1] les condamnés seront reprochables, et ne pourront dès lors être entendus qu'avec l'assentiment de la partie intéressée.

188. Les reproches dont nous avons maintenant à nous occuper, et qui sont bien distincts des exclusions, étaient, nous l'avons dit, inconnus dans la législation romaine. Ce n'est pas qu'on n'ait voulu les étayer de l'autorité de cette législation; mais on ne l'a fait qu'en dénaturant le sens des textes. C'est ainsi qu'on a puisé dans un fragment de Callistrate (l. 3, pr. ff., *de testibus*) une partie des causes de reproches admises par nos anciens auteurs. Le jurisconsulte énumère en effet diverses cir-

[1] Nous disons *dans la plupart des cas*, parce que celui qui est frappé d'une peine correctionnelle ne peut être reprochable que s'il a été condamné pour vol (Code de proc., art. 283), bien qu'il puisse être déclaré (Code pén., art. 42) incapable de déposer par suite d'autres condamnations.

constances, qui rendent le témoignage plus ou moins suspect. Mais quelle est sa conclusion? *Testium fides diligenter examinanda est.* On trouve dans la Novelle 90, ch. VII, une exception qui ne fait que confirmer la règle. S'il y a procès criminel entre la partie et l'un des témoins, Justinien repousse ce dernier, *non adsit ad testimonium.* Mais, dans tous les autres cas, il faut recevoir le témoignage, sauf à le discuter : *procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi quæstiones.*

Nos légistes ont mieux aimé trancher le nœud gordien. Ils ont voulu qu'on ne pût pas même avoir connaissance de la déposition du témoin reproché, méconnaissant cette vérité d'expérience, qu'un juge habile peut souvent faire sortir des renseignements utiles de dépositions qui paraissaient peu dignes de foi. Ne suffisait-il pas d'avertir, comme on le fait au criminel, des circonstances particulières qui permettent de révoquer en doute l'impartialité du témoin? La raison de Voltaire avait devancé sur ce point les théories des publicistes modernes. « Je » pencherais, dit-il (Prix de la justice et de l'humanité, fragment publié dans la *Gazette de Berne*, art. 22, § 4), » à croire que tout homme, quel qu'il soit, peut être reçu » à témoigner. L'imbécillité, la parenté, la domesticité, » l'infamie même, n'empêchent pas qu'on ait pu bien » voir et bien entendre. C'est au juge à peser la valeur » du témoignage et des reproches qu'on doit lui op- » poser. » Ici encore les progrès qu'a faits l'instruction criminelle n'ont eu aucune influence sur la procédure civile, qui a été abandonnée à ses anciens errements.

189. Le système des reproches n'est pas seulement vicieux dans sa base; il l'est également dans la mise en œuvre. L'exclusion des témoins, en la supposant fondée,

devrait émaner de la justice, et non de l'intérêt ou des passions. Eh bien! la loi laisse à la partie attaquée la faculté d'accepter ou de repousser les témoins produits par l'adversaire. Bien plus, on les reprochera, même après leur déposition, peut-être alors parce qu'ils n'auront que trop bien dit la vérité, et qu'il sera plus facile de leur fermer la bouche que de les réfuter. Il est vrai que, pour pallier cet inconvénient, on veut (Code de procéd., art. 282) qu'aucun reproche ne soit proposé après la déposition, s'il n'est justifié par écrit. C'est là une garantie contre les reproches imaginés par esprit de récrimination. Mais, puisque le motif est sérieux, pourquoi donc permettre à la partie de le tenir en réserve? Pourquoi lui laisser la faculté d'éliminer après coup tel ou tel témoignage? Il semble vraiment que la suppression d'une déposition, qui est peut-être fondamentale dans le procès, n'ait pas plus d'importance qu'une nullité d'exploit, dont on peut se départir à son gré. Enfin un dernier vice, qui tient à ce qu'il n'est pas permis au juge-commissaire de statuer sur les reproches, c'est que le témoin reproché est entendu dans sa déposition (*ib.*, art. 284). Or le juge qui l'a entendu siége lui-même pour la décision de l'affaire. Sans doute ses collègues n'auront pas connaissance de la déposition. Mais lui sera-t-il possible, à lui, d'effacer complétement de son esprit l'impression favorable ou défavorable qu'y auront laissée les paroles du témoin? On voit que ce système, dont le point de départ est erroné, n'a pas même le mérite d'être conséquent.

190. Les reproches étaient illimités dans l'ancien droit. L'ordonnance de 1667 (titre 23, art. 1) exigeait seulement qu'ils fussent circonstanciés et pertinents. La faculté de rejet avait acquis une telle extension, qu'on aurait pu se demander, non plus quels étaient les té-

moins reprochables, mais quels étaient ceux qui pouvaient ne pas l'être. Ainsi on admettait comme motifs suffisants : le soupçon d'inimitié, allégation si vague et si élastique; le soupçon de subornation, qui résultait de la pauvreté, d'après ce triste adage de Loysel (*Instit. coutum.*, titre des preuves, art. 16) : *pauvreté n'est pas vice; mais en grande pauvreté n'y a pas grande loyauté;* l'infamie qui s'attachait, non-seulement à certaines condamnations, mais encore à certaines professions, comme celles de comédien ou de courtisane. Le parlement de Toulouse jugea, le 14 octobre 1656, qu'un témoin devait être reproché pour avoir battu son père, comme si ce tort de conduite privée impliquait nécessairement que sa déposition contre un tiers fût mensongère. Mais, par compensation, le même parlement jugea, le 18 mars 1667, que l'ivrognerie n'était pas une juste cause, parce que le vin est sincère, et fait souvent dire la vérité à ceux qui ne voudraient pas la dire : motif qui, s'il était fondé, conduirait directement à cette conclusion, qu'un bon juge doit faire boire les témoins.

Cette latitude indéfinie, qui donnait lieu à tant d'abus, existe-t-elle encore sous l'empire du Code de procédure? Des auteurs graves, notamment Toullier (tome 9, § 301 et suiv.), l'ont pensé, et on a plusieurs fois jugé en ce sens (arrêts de rejet du 3 juillet 1820, de la cour de Poitiers du 12 décembre 1837, et de celle de Limoges du 27 juin 1839). Mais alors, à quoi servirait l'énumération que fait l'article 283 du Code de procédure? Quand la loi détermine les personnes qui pourront être reprochées, avec l'indication précise des circonstances requises pour que le reproche soit fondé, est-il raisonnable de supposer qu'elle n'a entendu donner que des exemples? Avec un pareil système d'interprétation, on pourrait aussi bien soutenir que les ouvertures de requête civile, détaillées

par l'article 480 du même Code, n'y sont indiquées que d'une manière démonstrative; ce que personne n'a jamais osé prétendre. Difficilement conciliable avec le texte, cette opinion est de plus en opposition évidente avec l'intention manifestée par les rédacteurs du Code de procédure, de spécifier les causes de reproches. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que plusieurs cours attaquèrent cette limitation, contraire à la marche de l'ordonnance de 1667. Ainsi la cour de Turin proposait de modifier la rédaction, en disant : pourront être présentés *particulièrement* comme reproches, etc. Mais le conseil d'État n'eut point égard à ces observations. Quant à l'argument *à fortiori* sur lequel insiste Toullier, et qui consiste à signaler comme intolérable l'audition d'un témoin qui se serait reconnu le père de l'enfant naturel de la partie adverse, quand on repousse celui qui aurait simplement bu ou mangé avec elle; il est facile d'y répondre que c'est là attaquer la bonté de la classification établie par le législateur, mais non pas démontrer qu'il n'a pas eu, à tort ou à raison, l'intention bien arrêtée d'en établir une. Après tout, on en reviendra, pour les cas omis, à ce qu'on aurait dû faire dans tous les cas, à la lecture publique de la déposition, sauf à faire ressortir dans les plaidoiries toutes les causes de suspicion légitime. Il existe aussi plusieurs arrêts de cours royales (Aix, 11 juin 1830; Limoges, 6 mai 1835) dans le sens de cette dernière opinion, qui a de plus en sa faveur un arrêt de cassation du 25 juillet 1826.

191. Les reproches légaux se rattachent à trois chefs : aux relations de parenté ou d'alliance, à des présomptions de partialité puisées dans certains faits, enfin à une sorte d'infamie, en ce qui touche certains accusés ou condamnés.

192. Sous le premier point de vue, on peut reprocher

les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties en ligne collatérale [1] jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Le Code de procédure est ici beaucoup plus modéré que l'ordonnance de 1667, suivant laquelle l'exclusion était absolue, et allait jusqu'au huitième degré. Mais, quand les liens de famille sont aussi relâchés qu'ils le sont à notre époque, n'est-ce pas encore aller bien loin que de ne s'arrêter qu'au delà du sixième? Quoi qu'il en soit, le reproche, comme l'exclusion pour le même motif, embrasse les parents ou alliés cités contre moi, aussi bien que ceux qui seraient cités en ma faveur. Nous avons vu que, dans le système de la loi, les uns et les autres étaient regardés comme suspects. L'article 283 ajoute : « Les parents ou alliés des conjoints au » degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie » ou le témoin en a des enfants vivants. En cas que le » conjoint soit décédé, et qu'il n'ait pas laissé de descen» dants, pourront être reprochés les parents et alliés en » ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles» sœurs. » Il résulte manifestement de ce texte, contre l'opinion de Toullier (tome 9, § 289), qu'on peut reprocher, non-seulement les parents du conjoint de l'une des parties, c'est-à-dire ses alliés, mais encore les alliés de ce conjoint, qui ne sont cependant pas les alliés de la partie. On peut critiquer cette extension, et invoquer le principe, qui a prévalu, dès le concile de Latran au 13e siècle, pour les prohibitions de mariage : *affinitas non parit affinitatem* (voyez cependant Modestin, l. 4, § 3, ff., *de grad. et ad fin.*). Mais les expressions de la loi sont trop formelles pour être susceptibles d'une autre interprétation. Elle distingue en effet, si le conjoint de la partie est ou

[1] Nous ajoutons *en ligne collatérale*, parce qu'en ligne directe, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, ce n'est plus d'un reproche, mais d'une exclusion absolue qu'il s'agit. (Code de proc., art. 268.)

non mort sans laisser d'enfants, et elle déclare reprochable, dans l'un et l'autre cas, les *alliés du conjoint*, en faisant seulement varier le degré auquel s'arrête la faculté de reprocher le témoin. Il est presque inutile d'ajouter que rien ne peut empêcher l'admission des parents ou alliés, dans les cas où cesse même l'exclusion pour cause de parenté ou d'alliance, c'est-à-dire, quand le témoignage domestique devient nécessaire, comme en matière de séparation de corps.

193. Sous le second point de vue, on peut reprocher : 1° le témoin héritier présomptif ou donataire. L'intérêt ou la reconnaissance l'enchaîne au succès de la cause de la partie qui le fait assigner. — 2° Celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête. Ce motif est vivement critiqué par Boitard (sur l'article 283), comme injurieux pour l'honneur des témoins. Malheureusement l'expérience journalière ne vient pas à l'appui de cette généreuse réclamation. Les séductions de cette nature n'ont que trop de prise, même dans la sphère où s'agitent les intérêts les plus élevés. Sans doute la suspicion vaudrait mieux que l'exclusion facultative. Mais alors on s'attaque à l'ensemble du système, que nous sommes loin de justifier. Une fois le système admis, ce motif de reproche, bien que peu honorable, est loin d'être inutile. Si jamais il convient de prendre les hommes tels qu'ils sont, et non tels qu'ils devraient être, c'est lorsqu'il s'agit de procédure. — 3° Celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès. On peut craindre alors, soit un parti pris à l'avance en faveur du consultant, soit l'obstination de l'amour-propre, qui refuse de se démentir. Mais on a refusé de considérer comme ayant donné un certificat l'officier public qui a reçu, dans l'exercice de ses fonctions, l'acte relativement auquel une enquête est ordonnée : par

exemple le notaire rédacteur d'un testament (Bourges, 30 novembre 1830). — 4° Les serviteurs et domestiques. On appelle proprement *serviteurs* ceux qui rendent des services matériels, comme les valets, femmes de chambre, etc., et *domestiques* ceux qui rendent des services d'un ordre plus relevé, comme les secrétaires, les bibliothécaires, etc. Dans l'une et l'autre hypothèse, il y a relation intime avec la personne, et dès lors présomption de partialité. En matière de séparation de corps, la même nécessité, qui fait admettre les parents, empêche de reprocher les domestiques (Cod. civ., art. 251); ce qui doit s'entendre même des serviteurs.

194. Les reproches dont nous nous sommes occupés jusqu'ici ont un caractère purement relatif. Ceux dont il nous reste à parler, au contraire, supposent que le témoin est susceptible d'être repoussé dans toute espèce d'affaires, à raison d'une sorte d'infamie qui s'attache à sa personne. Ici s'appliquent encore dans toute leur force les observations de Bentham sur ce qu'a de contraire à la vérité et à la raison cette présomption absolue de mensonge. Sont reprochables, sous ce point de vue, les condamnés à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol; bien plus, ceux qui sont en état d'accusation, c'est-à-dire qui ont été renvoyés par la chambre des mises en accusation devant la cour d'assises. On s'est demandé si la réhabilitation du condamné à une peine afflictive ou infamante faisait cesser la faculté de le reprocher. L'affirmative, que l'on est tenté d'admettre au premier coup d'œil, conduirait à ce singulier résultat qu'un simple délit laisserait des traces ineffaçables, tandis qu'un crime pourrait cesser d'être une juste cause de reproche; en effet, la réhabilitation n'est pas admise en matière de délits[1] (Inst. crim., art. 611).

[1] Un projet de loi, qui a été voté par la chambre des députés seulement

Mais autre chose est l'incapacité de déposer (sauf, suivant nous, les simples déclarations), que la réhabilitation fait en effet cesser, et qui du reste cesserait aussi au bout d'un certain temps, au cas de condamnation pour vol (Cod. pén., art. 401); autre chose est la possibilité d'être reproché, qui n'est pas une déchéance encourue par le témoin, mais seulement une garantie pour la partie adverse, garantie à laquelle la loi n'assigne pas de terme.

195. Les témoins âgés de moins de quinze ans ne sont point reprochables (Cod. de proc., art 285). Ils sont entendus, sauf au tribunal à tenir compte de leur âge. Malgré les doutes élevés sur ce point par plusieurs auteurs, nous pensons qu'il faut appliquer ici, par identité de motifs, l'article 79 du Code d'instruction criminelle, qui écarte la prestation de serment. Cette formalité, déjà trop prodiguée chez nous, devient véritablement dérisoire, quand on l'impose à des enfants, qui n'en comprennent pas l'importance.

196. Dans les cas prévus par la loi, le reproche peut-il être admis ou rejeté, au gré du juge? L'opinion qui veut que les reproches soient illimités, admet, par voie de conséquence (voyez Toullier, tome 9, § 297 et suiv.; et les arrêts de la cour de Toulouse, du 7 janvier 1835, et de celle de Limoges, du 27 juin 1839), que le tribunal a un pouvoir discrétionnaire relativement aux reproches proposés; autrement les parties imagineraient tous les jours de nouveaux motifs de rejet contre les témoins. Mais ceux qui pensent comme nous que l'article 283 est limitatif, n'ont pas à craindre ce danger de l'arbitraire, que l'opinion contraire se crée à plaisir. On n'hésite pas dès lors à décider qu'en restreignant les reproches à des cas déterminés, l'article a entendu établir une obligation,

en 1842, introduit la réhabilitation pour les condamnés à des peines correctionnelles.

et non pas une faculté pour le juge. Les cours de Nancy (le 1er juin 1837), de Caen (le 22 août 1839), de Montpellier (le 4 avril 1840) et de Rennes (le 30 juillet 1840) se sont prononcées dans ce dernier sens.

197. Les reproches sont discutés à l'audience, lorsque l'enquête a été levée et signifiée par la partie la plus diligente; s'ils ne sont établis que par témoins, il y a lieu à une nouvelle enquête, qui se fait sommairement, c'est-à-dire devant le tribunal (Code de proc., art. 287-290). Les témoins entendus dans cette nouvelle enquête devaient-ils pouvoir être reprochés? La logique conduirait à répondre affirmativement sans distinction; car pourquoi serait-on reçu plus facilement à établir les motifs de reproches, qu'à prouver les faits principaux? Mais si on admettait de troisièmes témoins à venir déposer sur les reproches adressés aux seconds témoins qui reprochent les premiers, pourquoi ne pourrait-on pas de même articuler contre ces troisièmes témoins des reproches qui donneraient lieu à une quatrième enquête, et ainsi de suite à l'infini? On a senti qu'il fallait s'arrêter sur cette pente glissante. Aussi n'admet-on, contre les témoins produits dans la seconde enquête, dans celle qui a lieu sommairement sur les reproches, que des reproches justifiés par écrit (*ib.*, art. 290). C'est là un expédient, sans doute, plutôt qu'un moyen régulier de sortir d'affaire; mais procéder autrement, c'eût été s'engager dans une voie sans issue. Ce qu'il y a de certain, c'est que les conséquences du système en accusent le vice.

§ 4. Appréciation des témoignages.

198. Cette vérité de sens commun, qu'il faut peser les témoignages et non les compter, a été proclamée par les jurisconsultes romains, qui, comme nous l'avons vu, n'ad-

mettaient pas un système de preuves légales. Effacée pendant bien des siècles, cette vérité n'a été remise en honneur chez nous que depuis cinquante ans. Il a fallu une révolution complète dans la législation pour qu'on en revînt aux notions simples et raisonnables, que la force de l'habitude et des préjugés avait étouffées chez les meilleurs esprits.

199. Les règles techniques sur la preuve testimoniale, imaginées ou du moins développées par les docteurs du moyen âge, sont de deux natures. Elles tendent, ou à exiger absolument certaines conditions pour que la conviction légale puisse exister, ou, ce qui est plus exorbitant, à créer dans certains cas une conviction légale factice, lors même que la véritable conviction n'existerait pas.

200. C'est des règles de la première nature que tire son origine la maxime souvent répétée : *je suis convaincu comme homme, mais je ne le suis pas comme juge.* Cette distinction n'aurait rien que de raisonnable, si on entendait seulement dire que telle probabilité, qui est admise comme preuve dans les relations ordinaires de la vie, ne saurait avoir la même force en matière judiciaire. Mais si on veut dire, et c'est en ce sens que la maxime était entendue autrefois, qu'en l'absence de certaines conditions déterminées, le juge ne doit pas se décider à croire, malgré l'intime conviction qu'il éprouve, on met la loi en opposition avec le sens commun.

201. La plus célèbre des exclusions motivées sur ce que le témoignage est réputé insuffisant *à priori*, c'est celle qui consiste dans l'exclusion d'un témoin unique. L'idée sur laquelle repose cette exclusion est le danger de s'en rapporter à un seul homme, quand il y a déjà tant de chances de fraude ou d'erreur dans les dépositions conformes de plusieurs. Mais que peut-on conclure de là ? Qu'une déposition isolée ne doit être accueillie qu'avec la

plus grande circonspection. Telle paraît avoir été aussi l'opinion des Romains, du moins jusqu'à l'époque du Bas-Empire. Valère Maxime (l. IV, ch, I, § 11) nous rapporte que Q. Scævola (peut-être le jurisconsulte Q. Mucius) disait, après avoir déposé dans une affaire : *ita sibi credi oportere, si alii idem asseverassent, quoniam unius testimonio aliquem credere pessimi esset exempli.* Et ces paroles nous sont citées comme une preuve de modestie : éloge qui n'aurait pas de sens, si l'exclusion d'un témoin unique avait été imposée par la loi. Quintilien (338e déclamat.) invoque également la circonstance qu'un témoin est unique, comme moyen oratoire, et nullement comme argument légal. Quant aux textes des jurisconsultes, on y retrouve sans cesse le principe qu'il ne faut pas s'attacher au nombre des témoins. *Non ad multitudinem testium respici oportet*, dit Arcadius (l. 21, § 3, ff., *de testib.*), *sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsistit.* Or un témoignage isolé peut être empreint d'un caractère frappant de vérité, qui manquerait à des témoignages nombreux, mais suspects. Si on lit dans un décret impérial cité par Paul (l. 20, ff., *de quæst.*), *unius testimonio non esse credendum,* il faut remarquer que le témoin dont il s'agissait dans l'espèce, était suspect, comme fils de l'affranchi de la partie qui le produisait en sa faveur. Le décret peut donc avoir statué plutôt en fait qu'en droit. Un autre texte, dont on a singulièrement abusé, c'est la loi 12, ff., *de testibus. Ubi numerus testium non adjicitur,* y dit Ulpien, *etiam duo sufficient.* Donc, s'est-on écrié, deux témoins peuvent suffire, mais il en faut au moins deux. Mais la pensée du jurisconsulte se trouve éclaircie par ce qui suit : *pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.* Ulpien fait manifestement allusion à des lois spéciales qui exigeaient au pluriel *des témoins*, probablement dans des actes extrajudiciaires, et décide, comme

on le ferait encore aujourd'hui, que deux suffisent. Mais il n'y a là aucun principe général sur le nombre des témoins requis en justice.

Ce n'est que sous Constantin que nous voyons l'exclusion nettement formulée; et encore l'empereur n'en vint-il là qu'à la suite d'une première constitution, qui recommandait seulement aux juges d'être circonspects : *Simili modo sanximus* (l. 9, § 1, *Cod.*, *de testib.*) *ut unius testimonium nemo judicum in quacumque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat.* C'est donc au Bas-Empire qu'appartient l'introduction de la maxime *testis unus testis nullus*, ou, comme le dit Loysel (*Instit. coutum.*, tit. des preuves, § 10), *voix d'un, voix de nun.* Le droit canonique proclama également cette maxime, en se fondant soit sur l'autorité des lois romaines, soit sur celle de la Bible, où on lit dans le Deutéronome (ch. 19, vers. 15) : *Non stabit testis unus contra aliquem, quidquid illud peccati et facinoris fuerit : sed in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum.* Mais cette règle, utile chez un peuple grossier, qui avait besoin d'être guidé par des prescriptions positives et littérales, ne méritait pas plus d'être transportée chez les peuples modernes, que tant d'autres préceptes de la loi mosaïque, dont le caractère local et temporaire n'est pas contesté. Ce fut cependant d'après ces autorités que les Décrétales érigèrent en règle absolue l'exclusion d'un témoin unique, fût-il évêque ou même archevêque; le pape seul avait le privilége d'en être cru sur sa déclaration (voyez Cujas, comment. sur les Décrétales, tit. *de testibus*, ch. 28). Notre ancienne pratique française a toujours été en ce sens. « Le témoignage d'un seul témoin, » dit Pothier (*Traité des Obligations*, n° 818) « ne peut » faire une preuve, quelque digne de foi qu'il soit, et

» en quelque dignité qu'il soit constitué. Mais un té-
» moin unique fait une semi-preuve, laquelle étant sou-
» tenue du serment, peut quelquefois, dans des matières
» très-légères, compléter la preuve. C'est sur ce principe
» que notre coutume d'Orléans, art. 156, décide que,
» lorsque quelqu'un a laissé paître ses bêtes dans l'hé-
» ritage d'autrui, et qu'elles y ont fait dommage, la
» preuve de l'obligation résultante de ce dommage peut
» se faire par un témoin et le serment du demandeur,
» pourvu qu'il ne prétende pas plus de vingt sous, si
» le dommage a été fait de jour, et de quarante sous,
» si le dommage a été fait de nuit. » On voit que la dérogation est faible et de nature à peu compromettre le principe. Aujourd'hui, bien qu'aucun texte de nos lois civiles ne revienne expressément sur la maxime *testis unus, testis nullus*, bien que le système de l'intime conviction n'ait été proclamé qu'au criminel (Code d'instr. crim., art. 342), nul n'hésite à considérer le juge comme dégagé de cette ancienne restriction, par cela seul qu'elle n'a pas été reproduite. Cette idée qu'on peut tout faire impunément en présence d'un seul homme, est trop déraisonnable pour qu'on la suppose tacitement maintenue [1]. Elle était du reste moins favorable à l'humanité qu'on ne serait tenté de le croire au premier abord ; à défaut de témoignages suffisants, il fallait obtenir un aveu, et pour l'obtenir à tout prix dans les cas graves, on avait recours à la torture. C'est ainsi qu'une doctrine trop relâchée finissait par conduire à une excessive rigueur. Rien de pareil aujourd'hui. Le tribunal qui s'at-

[1] On retrouve cependant encore l'exclusion d'un témoin unique, non-seulement dans les législations allemandes, toujours si attachées aux précédents, mais même dans le Code hollandais de 1838, calqué en grande partie sur notre Code civil : « La déposition d'un seul témoin », dit l'article 1942 de ce Code, « dénuée de tout autre moyen de preuve, ne fait pas foi en justice. »

tacherait trop facilement à un seul témoignage pourrait mal juger; mais sa décision, ne violant aucune loi, ne saurait donner prise à un recours en cassation (voir un arrêt de rejet du 22 nov. 1815).

202. Si la règle de l'exclusion d'un témoin unique n'était pas parfaitement raisonnable, un principe bien autrement dangereux, c'était celui qui, créant une conviction légale toute factice, voulait au contraire que la déposition conforme de deux témoins non suspects entraînât forcément condamnation. Ici l'application des textes du *corpus juris* était complétement faussée; car jamais pareille erreur logique ne fut professée à Rome, ni même à Constantinople. Voulût-on appliquer aux témoins judiciaires la loi 12, ff., *de testibus,* suivant laquelle deux témoins suffisent, *etiam duo sufficient;* il en résulterait la possibilité de condamner sur le rapport de deux témoins, mais nullement l'obligation de le faire. Le nombre n'est jamais pour les jurisconsultes qu'un des éléments d'appréciation. *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem* (Callistr., l. 3, § 2, ff., *de testib.*). Quant à l'Écriture sainte, dont l'interprétation eut encore ici une influence sensible sur notre ancienne procédure, empruntée en grande partie au droit canonique; le texte du Deutéronome que nous avons cité, exclut bien un témoin unique, mais ne paraît nullement imposer l'obligation de prononcer conformément à la déclaration d'un certain nombre de témoins. Fallût-il le prendre à la lettre, les expressions *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum* auraient exigé du moins qu'on allât jusqu'au nombre trois, avant de proclamer un résultat aussi exorbitant que la foi obligée au témoignage. Pothier admet cependant encore sans hésiter cette singulière doctrine, qui place l'infaillibilité dans le témoignage de deux hommes,

en même temps qu'elle ne voit qu'erreur dans le témoignage d'un seul. Il suppose (*Obligations*, n°s 818 et 819) que deux personnes déclarent, l'une avoir vu prêter une somme d'argent, l'autre avoir entendu avouer le prêt : « Le prêt se trouve donc attesté par deux témoins, et par » conséquent pleinement prouvé. Quoique deux témoins, » ajoute-t-il, suffisent pour faire la preuve d'un fait, néan- » moins, comme la partie qui a été admise à la preuve » n'est pas assurée de ce que les témoins déposeront, » elle en peut faire entendre jusqu'à dix sur un même » fait : l'audition de ceux qu'elle aurait fait entendre au » delà de ce nombre, ne doit pas passer dans la taxe des » dépens qui lui auraient été adjugés (Ord. de 1667, » tit. 22, art. 21). » Il en est de même aujourd'hui pour ce qui excède le nombre de cinq. Le Code de procédure (art. 281), craignant que la multiplicité des faits à prouver n'imposât des frais trop onéreux à la partie adverse, a été encore plus sobre d'allocations que l'ordonnance de 1667. Mais il est clair qu'on peut toujours assigner à ses frais un plus grand nombre de témoins. Aujourd'hui cette question de tarif est la seule dont on ait à se préoccuper, en ce qui touche le nombre des dépositions. Car, si l'exclusion d'un témoin unique est suffisamment abolie par le silence de nos Codes, il en est de même à plus forte raison de la foi tout artificielle qu'une fausse interprétation des textes attachait au rapport de deux hommes. Dans le droit commun allemand, si le premier de ces principes est encore en vigueur, le second du moins est aujourd'hui abandonné (Mittermaier, *de la Preuve en matière criminelle*, § 45).

203. L'application du calcul à la preuve testimoniale avait été poussée plus loin. Outre les deux règles principales, dont l'application était bien simple, puisqu'un seul témoignage était repoussé, tandis que deux faisaient pleine

foi, quelques-uns admettaient encore un calcul de fractions. Ainsi le parlement de Toulouse voulait bien, contre le prescrit de l'ordonnance de 1667, que le tribunal prît connaissance des dépositions des témoins reprochés. Mais, au lieu d'en venir à la libre appréciation du juge, seule conséquence raisonnable de ce système, il établissait une évaluation mathématique de la valeur de chaque témoignage suspect, considéré comme partie aliquote d'un témoignage irréprochable. « Le parlement de Toulouse, dit » Rodier (sur l'ord. de 1667, tit. 23), a une façon par» ticulière de juger les reproches et les objets [1] : il les » admet quelquefois selon leur différente qualité, de » façon qu'ils n'emportent pas la déposition du témoin » en entier, mais qu'elle subsiste pour un huitième, » pour un quart, pour la moitié, pour les trois quarts; » et une déposition ainsi réduite de valeur a besoin du » secours d'une autre pour devenir entière; par exemple » si, sur les dépositions de quatre témoins objectés, deux » sont réduites à la moitié, cela fait un témoin; si la troi» sième est réduite au quart, et la quatrième aux trois » quarts, cela fait un autre témoin, et par conséquent il » se trouve une preuve suffisante de témoins, quoique » tous aient été objectés, et souffert quelque atteinte des » objets proposés. » De même, lorsque les femmes eurent été admises à témoigner par une ordonnance de Charles VI du 15 novembre 1394 [2], on fut longtemps avant de considérer leur déposition comme équivalant à celle d'un homme. Bruneau (*Observat. crim*, tit. 8,

[1] *Objets* signifie ici *objects*, objections; ce qui est synonyme de reproches.

[2] Beaumanoir nous apprend en effet (chap. 39, § 31), que de son temps les femmes étaient reprochables : « Dames qui sunt atraites en tesmon» gnages, ne doivent pas estre recheues, se eles sunt débatues de celi » contre qui eles sunt traites, por nul estat que eles aient, soit qu'eles » soient veves, ou mariées, ou puceles. »

n° 40), bien que contemporain de madame de Sévigné, ne craignait pas d'écrire en 1686 que la déposition de trois femmes ne vaut que celle de deux hommes. A Berne, jusqu'en 1821, dans le canton de Vaud, jusqu'en 1824, il fallait le témoignage de deux femmes pour contrebalancer celui d'un homme. Encore négligeons-nous les sous-distinctions qui venaient compliquer le système, par exemple, le principe qu'une vierge méritait plus de confiance qu'une veuve, *magis creditur virgini quam viduæ* (Farinacius, *de opp. contra dicta testium*, quest. 65, § 180).

Lorsqu'on disait jadis que telle personne n'était apte qu'à faire une simple déclaration, qu'à donner de simples renseignements, cette restriction avait une haute importance, puisqu'elle indiquait qu'une déposition de cette nature ne pouvait jamais être une unité, mais tout au plus une fraction, dans le calcul légal des témoignages. Aujourd'hui au contraire, quand l'article 285 du Code de procédure nous dit que les individus âgés de moins de quinze ans révolus seront entendus, sauf à avoir à leur déposition tel égard que de raison; il n'y a là qu'un avertissement pour le juge d'être circonspect. Mais s'il est intimement convaincu que le mineur de quinze ans dit la vérité, rien ne l'empêche de se décider d'après sa déclaration, fût-elle isolée.

204. Bentham, qui critique avec tant d'énergie ces déplorables procédés de nos vieux légistes, propose lui-même, pour l'appréciation de la force des témoignages, un expédient auquel on peut adresser les mêmes reproches. « Représentez-vous, » dit-il (*Preuves judiciaires*, liv. I, ch. 17), « l'image d'une échelle divisée en dix degrés : » elle a un côté *positif*, sur lequel on inscrit les degrés de » persuasion positive, c'est-à-dire affirmant l'existence du » fait en question, et un côté *négatif*, sur lequel on inscrit

» les degrés de persuasion négative, c'est-à-dire niant » l'existence du même fait ; au bas de l'échelle est *o*, par » lequel on dénote l'absence de toute persuasion pour ou » contre. Le témoin dit : ma persuasion est de cinq de- » grés ou de dix degrés du côté positif, de dix degrés ou » de cinq degrés du côté négatif, comme, en parlant de » la température indiquée par le thermomètre, on dit : » le mercure est à dix degrés au dessus ou au dessous » de zéro..... Suivez les progrès de l'esprit humain : on » cherche en tout à donner à d'anciennes mesures un » degré additionnel de perfection. L'électromètre, le ca- » lorimètre, le photomètre, sont des productions de nos » jours. La justice demande-t-elle donc moins de préci- » sion que la chimie? » Cette découverte de Bentham a excité fort peu d'enthousiasme. On a senti que son *testimoniomètre* n'était pas moins arbitraire que le calcul des fractions usité jadis à Toulouse. La persuasion positive ou négative n'est pas susceptible de se résoudre ainsi en chiffres. Soumise au scalpel de l'analyse, l'intime conviction se flétrit ; de même que les fleurs d'un herbier se dessèchent et perdent leurs vives couleurs.

205. Aujourd'hui qu'il ne peut plus être question que d'une certitude morale, les conseils qu'il convient de donner au juge, au cas de collision des témoignages, seront, comme à Rome, fondés uniquement sur le bon sens et sur l'observation. C'est ainsi que les témoins qui déposent *de visu* méritent plus de confiance que ceux qui déposent seulement *ex auditu*. « Un seul œil, » dit Loysel (*Inst. cout.*, tit. des preuves, § 3), « a plus de crédit que deux oreilles » n'ont d'*audivi*. » A plus forte raison devra-t-on admettre avec une extrême circonspection les dépositions qui ne reposent que sur des ouï-dire. « Ouïr dire va par ville, » dit le même auteur (*ib.*, § 2), « et en un muid de cuider » n'y a point plein poing de savoir. » On a fait une foule

de remarques de cette nature; mais ce ne sont là, après tout, que des indications, et non des préceptes positifs. Ceux qui voudraient de plus amples détails peuvent consulter dans Toullier (à la fin du tome 9) le chapitre *de la collision des témoignages*, où ils trouveront un résumé assez complet des observations, plus morales que scientifiques, faites par nos anciens auteurs sur la crédibilité des témoins.

§ 5. Influence de l'enquête sur la décision définitive.

206. Si les dépositions des témoins paraissent concluantes au juge, sera-t-il par cela même obligé de donner gain de cause sur la question principale à la partie à laquelle l'enquête a été favorable? Cette question se rattache à une question plus large, qui consiste à savoir en quel sens on peut dire que le juge n'est pas lié par un jugement interlocutoire, tel que celui qui dans l'espèce a ordonné l'enquête.

207. Remarquons d'abord qu'il ne s'agit pas de soutenir, ce qui n'a jamais été soutenu dans la jurisprudence, que le tribunal ait le droit de revenir sur un interlocutoire prononcé, et de le rétracter par une sorte de caprice. Il est vrai qu'on disait à Rome (Cels., l. 13, ff., *de re judic.*) : *Quod jussit vetuitve judex, contrario imperio tollere et repetere licet : de sententiis contra.* Mais ce texte ne s'appliquait, comme l'indique assez la réserve faite pour les sentences, qu'à des ordres donnés incidemment, lorsque l'action était arbitraire; ordres qui, de même que nos jugements préparatoires, n'avaient aucun caractère irrévocable. Lorsque au contraire une décision prononcée contradictoirement préjuge le fond, il est clair que le tribunal, qui l'a rendue en connaissance de cause, est, tout aussi bien que les parties, obligé de l'exécuter. Si on trouve quelquefois dans d'anciens auteurs la règle que l'interlo-

cutoire ne lie pas le juge appliquée dans le sens de la loi 13 *de re judicatâ*, c'est qu'autrefois la signification des mots *interlocutoire* et *préparatoire* n'était pas bien fixée, et qu'on les employait l'un pour l'autre. La pensée de ces auteurs, quelque équivoques que fussent leurs expressions, n'allait pas au delà des décisions purement préparatoires.

208. Ce n'est pas là qu'est la difficulté. Elle est tout entière dans l'influence que devra exercer l'interlocutoire sur le jugement définitif. Des auteurs distingués ne paraissent pas concevoir qu'on puisse élever des doutes sur la plénitude de cette influence. « Le tribunal, » dit Boitard (sur l'art. 452 du Code de procédure), « en m'admettant à prouver par témoins l'existence de l'obliga-
» tion contestée, et en m'y admettant malgré votre
» opposition, reconnaît et annonce par là même, impli-
» citement, si vous voulez, mais du moins très-claire-
» ment, que si les témoins déposent avec des caractères
» suffisants de vérité, vous serez condamné à me rem-
» bourser la somme. » Mais cette proposition nous semble beaucoup trop générale. L'admission de la preuve testimoniale suppose la solution affirmative de deux questions, l'une de fait, l'autre de droit : 1° les faits sont-ils admissibles; 2° la loi en permet-elle la preuve (Code de proc., art. 253)?

Quant à la question de droit, dont Boitard paraît surtout préoccupé, il a parfaitement raison; le tribunal ne peut se dégager, une fois qu'il a proclamé la preuve testimoniale permise ou proscrite par la loi. Il peut encore moins appartenir aux parties, qui avaient la faculté d'interjeter appel, de demander au tribunal de se déjuger (voyez un arrêt de rejet du 12 janvier 1836).

Mais il en est autrement en ce qui touche l'admissibilité des faits. C'est ici que la maxime a été appliquée, et que nos anciens auteurs ont constamment décidé que le juge, en ordonnant la preuve de certains faits, ne s'enga-

geait point par cela même à subordonner sa sentence définitive au résultat de l'enquête. « Dans tous les temps et » dans tous les pays, » dit Merlin (*Répert.*, au mot *Jugement*, » § III), « on a constamment tenu pour maxime qu'après » avoir ordonné la preuve d'un fait, qui lui paraissait dé- » cisif, le juge, qui reconnaît que ce fait est indifférent, » peut prononcer contre la partie même qui a fait la » preuve. En effet, » dit Duparc-Poullain (*Principes du* » *Droit*, tome 9, page 494), « tout juge qui ordonne un genre » d'instruction est toujours présumé s'être réservé la li- » berté de juger entre les parties suivant l'équité, et » conséquemment de conserver tous leurs droits jusqu'au » jugement définitif. Il n'y a souvent qu'une instruction » parfaite qui puisse développer au juge le vrai point de » décision; et si on lui ôtait la liberté de s'écarter du pré- » jugé qu'il a lui-même établi par un interlocutoire, » lorsque l'instruction était imparfaite, on le placerait » dans la nécessité de commettre une injustice, quelque » pures qu'eussent été ses intentions, lorsqu'il l'aurait » rendu. »

Il est certain que les conclusions des parties intéressées peuvent donner aux faits une gravité apparente, qui s'évanouit, dès que la déposition des témoins, tout en confirmant l'existence de ces mêmes faits, les présente sous leur véritable jour. De plus, l'enquête doit être combinée avec l'étude approfondie de tous les documents de la cause, dont le juge n'est jamais présumé s'être dessaisi. C'est ainsi qu'il a été décidé (arr. de rejet du 10 mai 1826) qu'après avoir ordonné la preuve par témoins des faits relatés dans un procès-verbal, sur le motif que le procès-verbal ne les constatait pas suffisamment, on avait pu ensuite, bien que cette preuve n'eût pas été administrée, reconnaître les faits comme suffisamment établis par le procès-verbal. On a jugé de même (arr. de cassat. du 28 mai 1836) qu'après avoir été admis à la preuve d'un

fait justificatif du délit, un prévenu avait pu, bien qu'il eût établi le fait, être déclaré coupable, les juges ayant été convaincus, après mûr examen, que le fait n'était pas justificatif. Une foule de décisions ont été rendues dans le même sens. Et qu'on ne dise pas que cette doctrine tend à confondre les jugements interlocutoires avec ceux qui ne sont que préparatoires, puisque le fond ne serait pas préjugé. D'abord il y a toujours préjugé pour la question de droit; et de plus il suffit qu'en fait l'enquête ait une influence considérable sur le résultat du procès, quand même cette influence ne serait pas absolue, pour que le jugement qui l'ordonne ait un caractère à part, et puisse dès lors être frappé d'un appel immédiat. Après tout, le tribunal, en ordonnant une mesure qu'il juge utile à la manifestation de la vérité, peut donner des espérances à la partie qui a réclamé cette mesure, mais il ne contracte ni ne doit contracter aucun engagement envers elle [1]. Autre chose est de déclarer une enquête légale et admissible; autre chose est de s'astreindre à prononcer aveuglément d'après les données de l'enquête, quelques lumières que puisse faire jaillir d'ailleurs un examen plus approfondi de la cause. Entendue de cette manière, la maxime que l'interlocutoire ne lie pas le juge est loin de mériter le dédain avec lequel elle a été accueillie par les esprits qui n'en ont pas bien saisi le sens pratique. La marche la plus conforme à une saine théorie n'est-elle pas celle qui, au lieu d'enchaîner le juge à une seule voie d'information, lui conserve le plus longtemps possible son indépendance : *non ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere*. (Callistr., l. 3, § 2, ff., *de testib.*)

[1] Les tribunaux font quelquefois des réserves en ce sens dans leurs jugements interlocutoires, qu'ils déclarent rendre *sans nuire ni préjudicier aux droits des parties*. Ces réserves, qui peuvent être prudentes, ne sont pas nécessaires dans notre manière de voir.

DEUXIÈME FORME DE L'ENQUÊTE.

ENQUÊTE ORALE.

209. L'audition des témoins devant un juge-commissaire chargé de rédiger par écrit leurs dépositions, n'a lieu ni dans certaines matières civiles, où l'enquête est qualifiée de *sommaire*, ni dans les débats criminels. Parlons d'abord des enquêtes civiles orales, dans l'organisation desquelles les formes de l'enquête ordinaire ont laissé plus de traces, tandis que la marche plus libre de la preuve testimoniale au criminel est régie par des principes qui lui sont propres.

I. Enquête orale au civil, dite sommaire.

210. L'usage d'entendre les témoins à l'audience s'est toujours maintenu dans les juridictions consulaires, dégagées des formes techniques par la nature même de leur institution. L'utilité incontestable de cette marche pour les affaires les plus simples porta les rédacteurs de l'ordonnance de 1667 (tit. 17, art. 8) à introduire devant les tribunaux proprement dits l'enquête orale pour les matières sommaires, malgré les réclamations du président Lamoignon, qui invoquait, pour repousser cette innovation partielle, les mêmes motifs qu'on a invoqués de nos jours pour justifier l'enquête écrite en matière ordinaire. L'expérience toutefois a été favorable à cette disposition de l'ordonnance reproduite par notre Code de pro-

cédure. De plus la loi du 6 octobre 1790, qui a organisé le mode de procéder en justice de paix, a fait une troisième application de l'enquête sommaire. Il faut avouer, dans ce dernier cas, qu'il eût été difficile de suivre une autre marche, puisque, le juge étant unique, il eût été frustratoire de l'investir de la qualité de commissaire.

211. Les matières sommaires, qui donnent lieu devant les tribunaux civils à la simplification de l'enquête, sont, outre les questions faciles ou urgentes dont on trouve l'énumération dans l'article 404 du Code de procédure, toutes celles sur lesquelles ces tribunaux peuvent statuer en dernier ressort, aux termes de l'article 1er de la loi du 11 avril 1838. Ainsi aujourd'hui toutes les affaires jugées sans appel sont sommaires; mais la réciproque n'est pas vraie, puisque, dans la plupart des cas prévus par l'article 404, l'affaire est sommaire par sa nature, quelle qu'en soit du reste la valeur.

212. La première simplification introduite par la loi en ces matières, c'est qu'il n'est pas besoin d'articuler les faits préalablement (Code de proc., art. 407). Mais cette dispense ne doit pas se prendre à la lettre. Comment le juge pourrait-il déclarer la preuve admissible, si les faits n'étaient pas posés? On a voulu seulement écarter la signification de conclusions spéciales, avec un délai de trois jours pour les contester. Mais il sera évidemment nécessaire que les faits soient articulés à l'audience lors des plaidoiries, et consignés dans l'acte ordinaire qui contient les conclusions, afin qu'ils puissent être débattus contradictoirement avec l'adversaire.

Les délais rigoureux prescrits dans l'enquête écrite, soit pour la commencer, soit pour la terminer, sont inapplicables à l'enquête orale. Le jugement interlocutoire, qu'il n'est pas besoin de signifier (sauf, bien entendu, le

cas de défaut), fixe directement le jour où les témoins doivent comparaître.

Les dépositions étant recueillies ici par les juges eux-mêmes, les écritures se trouvent dès lors extrêmement simplifiées. Toutefois il importait de faire une distinction. Quand la cause n'est point sujette à appel, ce qui arrive fréquemment depuis 1838, puisque toutes les affaires jugées en dernier ressort sont devenues sommaires, aucune juridiction supérieure ne devant consulter les dépositions des témoins, il n'est pas nécessaire de dresser procès-verbal de l'enquête (*ib.*, art. 410). Mais on ajoute qu'il doit être fait mention, dans le jugement, des noms des témoins, et du résultat de leurs dépositions. Faut-il aller plus loin et exiger, avec plusieurs auteurs (voyez notamment Boitard, sur l'art. 410), la constatation de toutes les formalités que l'article 413 paraît imposer à peine de nullité, du serment des témoins, de leur déclaration s'ils sont parents ou alliés, etc., et des reproches allégués contre eux ? Ce système est assez rationnel en soi; puisque certaines règles sont encore prescrites, il semble conséquent d'en requérir positivement la mention, afin qu'on puisse s'assurer si elles ont été observées. On tire aussi de l'article 40 du Code de procédure, qui prescrit ces mentions en justice de paix, un argument dont nous apprécierons tout à l'heure la portée, en parlant des enquêtes faites devant cette justice. Néanmoins ce système nous paraît réprouvé, et par l'esprit de la procédure sommaire, et par le texte de la loi : par l'esprit de la procédure sommaire, en ce qu'il entraîne de longues écritures, qui réduiraient à peu près à rien la dispense de dresser procès-verbal; par le texte de la loi, en ce que l'article 411 exige précisément pour la rédaction de l'enquête, dans les causes sujettes à appel, ces constatations dont on proclame la nécessité absolue. La cour de cassation, dans un esprit tout

opposé, a décidé que l'on pouvait omettre les noms des témoins (arrêts de rejet du 21 mai et du 30 juillet 1833). Elle a même été jusqu'à juger que le défaut de mention du résultat des dépositions n'entraînait pas nullité (arr. de rejet du 15 février 1832). Mais cette dernière décision va trop loin. Il est difficile de ne pas croire substantielle, dans l'intention du législateur, l'indication des éléments d'après lesquels le juge a formé sa conviction.

Si, au contraire, la cause est sujette à appel, il doit être dressé un procès-verbal détaillé (*ib.*, art. 411), qui cette fois doit incontestablement contenir les mentions que nous avons signalées. Bien plus, quoique la loi ne parle encore que du *résultat des dépositions*, il faut rendre compte, non-seulement de l'impression qu'elles ont produite en masse, mais de la substance de chaque déposition. Autrement le juge d'appel manquerait de renseignements positifs pour asseoir sa décision, ou bien il serait forcément obligé de recommencer l'enquête.

213. Bien que simplifiées, les enquêtes sommaires ne sont pas encore dégagées de toutes les prescriptions arbitraires de notre vieille procédure. On y retrouve (*ib.*, art. 413), non-seulement la prohibition d'entendre, soit les conjoints des parties, soit les parents et alliés en ligne directe, mais encore la vicieuse pratique des reproches. Une grave controverse s'élève sur l'application de cette pratique en matière sommaire. On se demande si le témoin reproché doit être néanmoins entendu à l'audience, comme il le serait devant un juge-commissaire (*ib.*, art. 284); ou s'il ne faut pas dire au contraire que sa déposition ne sera pas entendue, de même qu'elle n'est pas lue en matière ordinaire (*Ib.*, art. 291). On invoque, en faveur de la première opinion, les termes de l'article 411, où l'on exige que le témoin déclare s'il est parent, allié, serviteur ou domestique des parties : preuve évidente,

dit-on, que sa déposition peut être reçue en pareille circonstance. On fait surtout remarquer que dans les causes sujettes à appel, celles auxquelles s'applique précisément l'article 411, il sera peut-être impossible d'entendre une seconde fois les témoins, si le reproche est définitivement repoussé par le tribunal supérieur, et qu'au moins pour ce cas, il serait convenable de recevoir leur déclaration, sauf à en faire tel usage que de droit. Nous concevrions cette opinion, si la déposition du témoin reproché pouvait avoir quelque influence sur la décision du tribunal, qui le fait comparaître devant lui. Mais tout le monde convient que le législateur, qui renvoie ici aux règles sur les reproches et sur la manière de les juger, n'a pas entendu s'écarter de la marche ordinaire. Vouloir dès lors que les juges reçoivent la déposition d'un témoin, et qu'ils fassent ensuite complétement abstraction de l'impression qu'elle aura laissée dans leur esprit, c'est exiger l'impossible. Il est déjà assez fâcheux que le juge-commissaire soit appelé habituellement à prononcer, après avoir entendu le témoin reproché, sans aggraver encore cet abus, en mettant ici le tribunal tout entier dans cette fausse position. L'inconvénient accidentel qui résulterait de l'impossibilité de reproduire en appel certains témoignages, ne paraît pas de nature à entrer en balance avec le vice permanent de l'audition de témoins, dont les dépositions ne devraient avoir aucune influence. Ce vice sera, il est vrai, inévitable, quand les reproches ne seront proposés qu'après l'audition ; mais alors la partie qui a tardé à les faire valoir ne peut imputer qu'à elle-même les suites de sa négligence. Cette faculté, du reste, de ne présenter le reproche qu'après coup, ou même de l'omettre, explique la rédaction de l'article 411, d'après lequel le témoin doit déclarer s'il est parent, allié, etc., de l'une des parties. Il n'en sera pas moins entendu, quelle que soit sa qualité, si personne ne s'y oppose;

mais il importe toujours que sa qualité soit connue. Enfin, ce qui paraît décisif, c'est que l'audition en matière sommaire correspond exactement à la lecture de la déposition en matière ordinaire, lecture qui est expressément prohibée. La cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois en ce sens, notamment par un arrêt de cassation du 26 juin 1839.

214. En matière commerciale, les enquêtes se font toujours sommairement. « Néanmoins, » ajoute l'article 432 du Code de procédure, « dans les causes sujettes à appel, les » dépositions des témoins seront rédigées par écrit par le » greffier, et signées par le témoin. » Ainsi il doit y avoir une reproduction complète de la déposition du témoin, reproduction que la loi n'exige pas dans les affaires non commerciales. « Dans les matières sommaires, » disait la section du tribunat dans ses observations sur cet article, « il peut suffire de constater le résultat des dépositions; » mais dans les matières de commerce, qui peuvent être » du plus grand intérêt, il est indispensable de constater » les entières dépositions. »

215. L'enquête orale est aussi la seule qui se pratique en justice de paix. Les règles tracées pour cette juridiction (Code de proc., art. 34-40) sont généralement en harmonie avec celles qui sont prescrites pour les matières sommaires devant les tribunaux de première instance.

Toutefois, à s'attacher à la lettre de la loi, il semblerait que le procès-verbal des dépositions, pour les affaires sujettes à appel (*ib.*, art. 39), et pour les autres, la mention dans le jugement du résultat des dépositions (*ib.*, art. 40), dussent être plus détaillés ici que ne le sont les mêmes documents devant les tribunaux civils. Un tel résultat impliquerait contradiction, et, pour y échapper, plusieurs auteurs veulent, ainsi que nous l'avons dit, voir dans les articles 39 et 40 des règles générales ap-

plicables à toutes les matières sommaires. Mais la difficulté s'évanouit, si on se reporte au principe constant que jamais l'absence d'une formalité non substantielle ne peut entraîner nullité en justice de paix : principe que la cour de cassation a spécialement appliqué aux enquêtes (arr. de rejet du 19 juin 1832). Il ne faut donc pas attacher une importance exagérée à la rédaction du Code de procédure, qui ne fait qu'indiquer la marche la plus régulière à suivre. L'absence même d'un procès-verbal en règle, dans les causes sujettes à appel, a été jugée, par arrêt de cassation (le 27 avril 1840), insuffisante pour annuler la procédure. Il n'y a donc pas lieu à se préoccuper, outre mesure, de ce que les prescriptions de la loi sont plus détaillées en ce qui concerne la justice de paix, puisqu'elles ne sont, après tout, que de simples indications.

II. Administration de la preuve testimoniale en matière criminelle.

216. Nous avons vu qu'autrefois les témoins en toute matière étaient entendus secrètement. La procédure criminelle qui correspondait à l'enquête, recevait le nom d'*information*, et non-seulement elle avait lieu hors la présence du plaignant et de l'accusé, mais encore, à la différence de l'enquête, elle ne devait pas être communiquée (Muyart de Vouglans, *Instit. au droit crim.*, part. V, chap. III). La confrontation de l'accusé avec les témoins, sans laquelle aujourd'hui une condamnation serait radicalement nulle, ne s'était introduite que progressivement; il fallait qu'elle fût ordonnée, et l'on pouvait s'en abstenir pour des motifs réputés graves, tels que la crainte que pourrait inspirer l'accusé à ceux qui déposeraient contre lui (*ib.*, même part. V, ch. XI). « Toutes ces procédures secrètes, » dit

Voltaire (Prix de la justice et de l'humanité, fragment déjà cité, art. 22, § 5), « ressemblent peut-être trop » à la mèche qui brûle imperceptiblement pour mettre » le feu à la bombe. Est-ce à la justice à être secrète? Il » n'appartient qu'au crime de se cacher. »

L'assemblée constituante fit droit aux réclamations des publicistes. La déposition des témoins à l'audience, qui emportait nécessairement la confrontation, fut prescrite par la loi du 29 septembre 1791. Toutefois l'*information* se retrouve encore dans notre droit criminel (Code d'instr. crim., art. 228, 235); mais ce n'est plus autre chose aujourd'hui que l'audition des témoins dans la procédure préparatoire devant le juge d'instruction. Cette audition est demeurée secrète, et elle doit l'être. Il y a également excès, et dans le système qui jette un voile sur toute l'instruction, y compris les débats définitifs, et dans le système diamétralement opposé, usité en Angleterre, qui, en rendant l'accusation publique dès les premiers actes, court risque de donner l'éveil aux codélinquants et aux complices. Mais la rédaction de ces dépositions par écrit n'a pour but que d'éclairer la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation sur la nature des faits à poursuivre. Ces dépositions ne doivent pas figurer (*ib.*, art. 341) au nombre des éléments sur lesquels se forme la conviction du jury, et l'on pense généralement, bien que la loi ne s'explique pas aussi positivement (*ib.*, art. 153 et 190) pour les tribunaux de simple police [1] et pour ceux de police correctionnelle, que l'on ne doit admettre également que des dépositions orales devant ces juridictions. Aussi a-t-on décidé qu'une déclaration mensongère faite devant le juge d'instruction ne pouvait constituer le crime de

[1] Dans les cas rares où, contre le vœu de la loi (*ib.*, art. 129), il y aurait eu en fait une instruction préparatoire pour de simples contraventions.

faux témoignage (arr. de cassat. du 14 et du 30 septembre 1826) : doctrine qui se trouve d'ailleurs nettement formulée dans le rapport de l'orateur du corps législatif sur cette matière.

217. Notre but spécial étant ici, non de suivre toute la filière d'une procédure criminelle, mais bien de rechercher les preuves d'après lesquelles doit s'asseoir la conviction définitive ; nous ne nous occuperons que de la preuve testimoniale orale et publique, administrée avant qu'on procède au jugement. Cette partie des débats, qui, dans notre droit moderne, n'a plus aucun nom distinctif, peut être envisagée sous quatre points de vue, qui correspondent aux quatre premiers[1] points que nous avons signalés, en traitant de l'enquête : 1° la marche générale des débats ; 2° les sanctions de la comparution et de la véracité des témoins ; 3° l'exclusion de certains témoins ; 4° l'appréciation des témoignages. Pour l'examen de ces quatre points, nous nous attacherons surtout à la procédure la plus importante, à celle des cours d'assises ; en nous réservant de faire voir les dissemblances que présente quelquefois celle des tribunaux criminels inférieurs.

§ 1. Marche générale des débats.

218. La publicité des débats en matière criminelle fut décrétée d'enthousiasme par l'assemblée constituante. Mais la manière dont ces débats devaient être organisés donna lieu à une grave discussion, où les errements d'une pratique judiciaire enracinée depuis plus de trois siècles trouvèrent, dans Tronchet (séance du 5 janvier 1791), un

[1] Nous n'avons rien à ajouter, en ce qui touche le cinquième point traité pour l'enquête écrite, l'influence de l'interlocutoire sur le jugement définitif. La question qui peut se présenter ici, surtout en matière de police correctionnelle, doit recevoir la même solution qu'au civil.

habile défenseur. Ce jurisconsulte, préoccupé des avantages que présente l'écriture, soit pour donner une base fixe à l'examen judiciaire, soit pour faciliter les poursuites contre les faux témoins, proposa de faire rédiger par écrit et lire aux témoins les dépositions, à mesure qu'elles seraient faites. Ce système semblait unir les avantages du débat oral à ceux de la procédure écrite. Mais il fut réfuté (séances des 11 et 12 janvier 1791) par Thouret, qui défendit toujours, avec tant de zèle et de sagesse tout à la fois, les innovations de l'assemblée, en matière d'organisation judiciaire. Thouret démontra que la lenteur de cette forme d'instruction, tolérable pour un juge-commissaire habitué à la promptitude par une longue pratique, serait insupportable pour des jurés qui seraient à chaque instant exposés à perdre le fil de la discussion. Ne pourraient-ils pas aussi, comptant sur les pièces écrites, ne plus suivre les débats avec une aussi religieuse attention? Ne serait-il pas à craindre que ce mode de procéder, en les habituant à substituer des documents techniques aux éléments moraux de conviction, ne fît revivre le système des preuves légales, dont tout le monde voulait l'abolition au criminel? Ces graves considérations firent admettre définitivement la discussion purement orale, telle qu'elle a toujours été pratiquée devant les jurys d'Angleterre ou des États-Unis. Cette audition orale des témoins, sans aucune rédaction d'écritures, se pratique devant toutes les juridictions criminelles.

Toutefois il importe de signaler un usage consacré par la jurisprudence, mais peu conforme, suivant nous, à l'esprit de la loi. Cet usage consiste à subordonner, en matière de police simple ou correctionnelle, à l'autorisation du tribunal d'appel la faculté de faire entendre les témoins qui ont déjà déposé devant les premiers juges. Et cependant, comment se former une conviction éclairée

sur de simples notes prises à l'audience par le greffier? Si le législateur avait voulu qu'on pût se dispenser d'entendre les témoins devant la seconde juridiction, n'aurait-il pas prescrit, comme en matière civile, la rédaction d'un procès-verbal détaillé? La cour de cassation (arr. de rejet du 18 avril 1806 et du 4 août 1820) s'est fondée sur l'article 175 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçu: « Lorsque, sur l'appel, le procureur du roi ou l'une des » parties le requerra, les témoins *pourront* être entendus » de nouveau, et il *pourra* même en être entendu d'autres. » Ces expressions, dit-on, indiquent une simple faculté pour le tribunal. Mais, pour être conséquent dans ce système d'interprétation, il faudrait laisser aussi au juge un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter d'emblée les nouveaux témoins que veulent citer les parties; car on dit également de ces derniers qu'ils *pourront* être entendus. Cette conséquence est inadmissible; aussi la même cour a-t-elle décidé, et cette fois par arrêt de cassation (le 25 novembre 1824), qu'il n'était pas loisible au tribunal de s'opposer à l'audition de nouveaux témoins. Ces mots: *il pourra en être entendu d'autres*, font allusion à une faculté légale, et non pas à une simple autorisation. Si tel est incontestablement le sens de la seconde partie de l'article 175, pourquoi entendre la première partie dans un sens plus restrictif? Les articles 176 et 211 ne renvoient-ils pas, pour la nature des preuves, aux règles établies en première instance? Et nul ne doute qu'en première instance les témoins ne doivent être entendus oralement. Les décisions que nous critiquons paraissent avoir été surtout dictées par le désir d'éviter les frais. Quelque louable que soit cette tendance, l'intérêt d'une bonne administration de la justice nous paraît plus précieux encore que celui de l'économie. Le vice se trouve peut-être dans le principe même de l'appel, dans cette double juridic-

tion pour des affaires souvent d'un faible intérêt, tandis qu'au grand criminel il n'y a qu'un seul degré de juridiction. Mais, le principe une fois admis, il implique contradiction de permettre que le tribunal supérieur puisse s'entourer de moins de lumières que les premiers juges.

219. Devant les cours d'assises, la liste des témoins, tant à charge qu'à décharge, est lue par le greffier (Code d'inst. crim., art. 315), après la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, et après l'accomplissement de certaines formalités préalables. Les noms, professions et résidences des témoins ont dû être notifiés, vingt-quatre heures avant l'examen, à l'accusé par le procureur général ou par la partie civile, et au procureur général par l'accusé. Il importe en effet de laisser à ceux qui ont intérêt à combattre telle ou telle déposition un temps suffisant pour pouvoir, en connaissance de cause, la présenter comme suspecte, et quelquefois même empêcher qu'elle ne soit reçue (*ib.*, art. 322). Toutefois le défaut de notification ou de désignation précise des témoins donne seulement à la partie adverse le droit de s'opposer à l'audition; mais, si les témoins, à l'égard desquels ces formalités n'ont pas été accomplies, ont été entendus sans opposition, la nullité est couverte, à la différence de ce qui avait lieu sous le Code de brumaire an IV (art. 346 de ce Code). Du reste, quand il y a eu notification régulière et insertion sur la liste, on ne peut refuser d'entendre un témoin (Code d'inst. crim., art. 324), parce qu'il n'aurait pas été assigné à l'avance. L'assignation, qui n'avait pour but que de l'avertir, devient sans objet, dès qu'il se présente volontairement. Cette décision raisonnable doit être appliquée, par identité de motifs, en police correctionnelle. Elle fait peu de doute en simple police, là où les parties elles-mêmes peuvent comparaître sur un simple avertissement (*ib.*, art. 142). Mais il n'y

a qu'une citation qui puisse obliger les témoins à venir à l'audience.

L'article 321 du Code d'instruction criminelle veut que les citations faites à la requête des accusés soient à leurs frais, ainsi que les salaires des témoins à décharge. Si on s'en était tenu là, la défense devenait presque toujours impossible, vu l'insolvabilité notoire de la plupart des accusés. Heureusement l'article ajoute que le procureur général peut faire citer à sa requête les témoins qui lui seront indiqués par l'accusé, dans le cas où il jugera que leur déclaration peut être utile pour la découverte de la vérité; et jamais, dans la pratique, le ministère public ne se refuse à appliquer cette disposition.

220. L'assistance des témoins aux formalités qui précèdent les débats proprement dits, notamment à la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, n'est nullement exigée. Il suffit qu'ils répondent à l'appel de leurs noms; il est même à désirer qu'ils n'aient pas pris connaissance de ces documents, afin qu'ils arrivent aux débats, l'esprit vierge de toute impression qui pourrait effacer leurs souvenirs personnels. Ils doivent déposer séparément (*ib.*, art. 317). On rend ainsi plus difficiles les collusions frauduleuses [1], et on prévient cette tendance à l'imitation, si contagieuse chez les esprits faibles, qui amènerait trop souvent dans les témoignages une désolante uniformité. Aussi le président ordonne-t-il aux témoins (*ib.*, art. 316), après l'appel de leurs noms, de se retirer dans la chambre qui leur est destinée, et d'où ils ne doivent sortir que pour déposer. Il prend de plus, s'il le faut, des précautions, telles que l'envoi d'un huissier dans

[1] On sait que Daniel confondit la calomnie des deux vieillards qui accusaient Suzanne, en demandant à chacun d'eux séparément le nom de l'arbre sous lequel ils disaient l'avoir surprise avec un jeune homme, et en les amenant ainsi à se contredire l'un l'autre (Proph. de Daniel, ch. XIII, vers. 51 et suiv.).

la chambre, pour les empêcher de conférer entre eux du délit et de l'accusé. En Angleterre, cette mesure si sage ne s'observe qu'autant qu'elle est réclamée par un juré ; ce qui arrive assez rarement.

221. L'audition doit avoir lieu, en principe, l'accusé présent, puisque la confrontation est essentielle dans notre droit. Mais la crainte de la faiblesse d'un témoin à charge ou de la collusion d'un témoin à décharge peut rendre désirable l'absence momentanée de l'accusé pendant certaines dépositions. Il est loisible au président de l'ordonner (*ib.*, art. 327); mais alors on ne peut reprendre les débats qu'après avoir instruit l'accusé de tout ce qui s'est passé en son absence.

222. L'ordre dans lequel doivent se faire les dépositions est déterminé par le procureur général (art. 317). Il n'est pas douteux néanmoins que le président, qui a la haute direction des débats, ne puisse modifier cet ordre, en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Ce magistrat demande aux témoins, après la prestation de serment sur laquelle nous reviendrons dans le paragraphe suivant, leurs nom, prénoms, âge, profession, domicile ou résidence; s'ils connaissaient l'accusé avant le fait mentionné dans l'acte d'accusation, s'ils sont parents ou alliés, soit de l'accusé, soit de la partie civile; enfin s'ils ne sont pas attachés au service de l'un ou de l'autre. Mais ces diverses interpellations, bien qu'utiles et généralement observées, ne sont pas considérées par la jurisprudence comme prescrites à peine de nullité. Leur omission, du reste, ne saurait être un grief sérieux, puisque l'accusé et le procureur général ont toujours la faculté de suppléer à ce qu'aurait d'incomplet l'interrogation du président, en adressant des questions au témoin. Seulement le procureur général peut interpeller directement le témoin, ce que peuvent également faire les juges et les jurés; tandis que l'accusé

ou son conseil, de même que la partie civile, ne peuvent le questionner que par l'organe du président (*ib.*, art. 319). Cette dernière prescription ne s'exécute pas à la lettre. Le président se contente d'ordinaire de dire au témoin, après que la question lui a été posée : *Répondez à la question qui vous est faite.* Le but que s'est proposé le législateur, ce n'est pas d'astreindre ce magistrat à reproduire l'interrogation, comme le font les messagers d'Homère (voir notamment le commencement du second livre de l'Iliade) pour les ordres qui leur sont transmis : ce qui serait aussi fastidieux que frustratoire. On a seulement voulu soumettre directement les questions au contrôle du pouvoir discrétionnaire, et l'expérience n'a que trop prouvé l'utilité de ce contrôle.

Dans les pays où l'accusation est dirigée par l'intérêt privé, et non par l'intérêt public, on laisse toute latitude aux avocats pour interroger les témoins comme ils l'entendent. Cette faculté accordée à des hommes habiles et passionnés devient une arme dangereuse entre leurs mains. A Rome, nous voyons qu'il en était ainsi, d'après ce que nous rapporte Quintilien; et son témoignage est d'autant plus précieux que les abus qu'il nous fait connaître, ne sont pas à ses yeux des abus, mais bien des ressources de l'art oratoire, qu'il recommande aux avocats : « *Maximus patronis,* » dit-il (*Inst. orat.*, liv. V, ch. VII) « *circa testimonia sudor est... Primum est nosse testem; nam timidus terreri, stultus decipi, iracundus concitari, ambitiosus inflari, longus protrahi potest; prudens verò et constans, vel tanquàm inimicus et pervicax dimittendus statim, vel non interrogatione, sed brevi interlocutione patroni refutandus est; aut aliquo, si continget, urbane dicto refrigerandus; aut, si quid in vitam ejus dici poterit, infamia criminum destruendus.* » Il faut avouer qu'une pareille manière d'administrer la preuve testimo-

niale est éminemment propre à empêcher la découverte de la vérité. En Angleterre, où l'on suit la même marche, il paraît qu'elle produit les mêmes effets. « Je dois faire ob-» server, » dit M. Rey dans son curieux travail sur les institutions judiciaires de l'Angleterre (deuxième édit., t. II, page 344), « un abus général de la part des avocats an-» glais. Souvent ils font subir une véritable torture mo-» rale aux témoins par des questions captieuses ou incon-» venantes, par des plaisanteries déplacées, par des insi-» nuations malignes et souvent insultantes. Ceux qui » assistent aux débats des tribunaux anglais sont à chaque » instant révoltés de la position cruelle dans laquelle se » trouve placé un témoin timide, par la licence des avocats » à cet égard. » Il y a bien plus de dignité dans notre manière de procéder. Quant à l'abus que l'on pourrait craindre du pouvoir accordé au président, la jurisprudence y a pourvu, indépendamment des garanties qu'assure, sous ce rapport, le fait seul de la publicité. L'avocat doit se faire donner acte du refus qu'on lui ferait de poser une question importante, et, si la défense avait été réellement entravée, il y aurait lieu à cassation.

223. On demande à chaque témoin, après sa déposition (*ib.*, art. 319), si c'est bien de l'accusé présent qu'il a entendu parler. C'est ce qu'on appelait autrefois la *confrontation*, et ce qui pourrait avoir eu lieu également devant le juge d'instruction. Mais aujourd'hui que le témoin doit toujours être mis en rapport avec l'accusé lors des débats, la confrontation préparatoire est purement facultative. Le président demande ensuite à l'accusé s'il veut répondre à ce qui vient d'être dit. Nos lois ne parlent plus expressément de ce qu'on appelait autrefois l'*affrontation*, c'est-à-dire de la mise en rapport des accusés les uns avec les autres. Cette sorte de mutuel témoignage n'en est pas moins fréquemment usitée, soit dans l'instruction, soit lors des débats.

224. Le témoin qui a déposé doit, s'il n'en est autrement ordonné, rester dans la salle d'audience (*ib.*, art. 320). On peut avoir besoin de lui demander plus tard de nouveaux renseignements. L'accusé ou le procureur général peuvent provoquer, et le président peut ordonner cette audition, soit en présence, soit même, si on le juge nécessaire, en l'absence des témoins qui ont déposé après lui. Mais les mêmes motifs de décence, qui font soumettre au président les interpellations de l'accusé aux témoins, font défendre aux témoins de s'interpeller les uns les autres (*ib.*, art. 325 et 326).

§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins.

225. Il importe d'abord que les témoins des faits à établir soient connus; puis qu'ils viennent déposer en justice.

226. Quant au premier point, nous avons déjà parlé des *monitoires*, avertissements donnés par les curés à leurs paroissiens, pour les engager à faire connaître à l'autorité ce qu'ils pourraient savoir relativement à un crime dont les auteurs seraient inconnus. Un acte du gouvernement du 10 septembre 1806 a rétabli, dit-on [1], l'usage des monitoires. Une ordonnance rendue à la requête du procureur général pourrait autoriser les publications aux prônes, et déterminer les arrondissements où elles auraient lieu. Il est difficile cependant qu'une simple ordonnance, qui ne s'appuie ni sur le concordat, ni sur le texte de nos lois, puisse être obligatoire pour l'évêque diocésain, ainsi que l'acte de 1806 paraît le supposer. Toutefois, si, de concert avec le gouvernement, l'évêque auto-

[1] Cet acte n'a pas été inséré au Bulletin des lois; on en trouve la substance dans le Traité de la législation criminelle de Legraverend (ch. VII, sect. II).

risait les publications, on ne pourrait considérer la marche par lui suivie comme ayant rien d'illégal, comme de nature à compromettre, en quoi que ce soit, la validité de l'instruction ultérieure. Mais alors tout se réduit à un accord purement bénévole entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. Le monitoire ne peut plus être obligatoire pour l'autorité ecclésiastique, comme il l'était dans l'ancien droit. Il paraît, du reste, que l'acte de 1806 n'a reçu que deux applications sous l'empire, et qu'en 1814 le chancelier Dambray se refusa à ordonner des mesures de cette nature, en les considérant comme susceptibles d'affaiblir le respect dû aux ministres de la religion [1]. Depuis cette époque, les monitoires sont tombés de nouveau en désuétude, et il est peu probable qu'on songe maintenant à les rétablir. En tout cas, l'acte de 1806, qui n'a pas été inséré au Bulletin des lois, et dont il serait peut-être difficile de retrouver le texte original, ne saurait avoir de force aujourd'hui, et, en l'absence de dispositions légales sur ce point, les communications qui pourraient s'établir entre les deux pouvoirs, pour provoquer des révélations sur les crimes les plus graves, auraient un caractère purement officieux.

227. Si on connaît les témoins, il n'a jamais été douteux qu'on ne pût les forcer à venir déposer en matière criminelle. Le Code d'instruction criminelle n'a fait que reproduire l'ordonnance de 1670, en punissant les témoins défaillants d'une amende dont il a fixé le *maximum* à cent francs, et en autorisant à employer, s'il le faut, la voie de la contrainte, pour les amener à l'audience. La question de savoir si le refus de déposer doit équivaloir au refus de comparaître est ici tranchée par la loi, qui décide expressément l'affirmative; opinion que nous avons également

[1] Voyez le Traité de la législation criminelle de Legraverend, même chapitre, même section.

adoptée en matière civile (Code d'inst. crim., art. 355 et 80). De plus, si la déposition est tellement importante qu'il ait fallu, en l'absence du témoin, remettre l'affaire à une autre session, une décision, dont on ne saurait contester l'équité, met à sa charge tous les frais occasionnés par sa faute (*ib.*, art. 354 et 355). Enfin, au criminel comme au civil, l'allégation de fausses excuses est punie d'un emprisonnement de six jours à deux mois (Code pén., art. 236).

228. Nous avons déjà eu occasion de mentionner les positions où l'on est par état obligé à la discrétion, et les fonctions ou dignités qui dispensent du témoignage oral. Il existe en outre une loi du 18 prairial an II, spéciale pour les matières criminelles, qui ordonne de recevoir par écrit les dépositions des militaires assignés hors du lieu de leur résidence actuelle, afin de ne pas entraver le service. Toutefois, si le jury ou le tribunal déclare le témoignage oral indispensable, il est sursis à la décision de l'affaire, jusqu'à ce que le ministre de la justice ait autorisé les militaires à comparaître en personne.

229. La sanction morale est évidemment la même au criminel qu'au civil. Quant à la sanction religieuse, la loi a établi deux sortes de serments : l'une au petit, l'autre au grand criminel. Devant les tribunaux de police simple et de police correctionnelle, les témoins prêtent à l'audience le serment de *dire toute la vérité, rien que la vérité* (Code d'inst. crim., art. 155). Devant les cours d'assises, la formule légale est plus compliquée; chaque témoin s'engage *à parler sans haine et sans crainte, à dire toute la vérité et rien que la vérité* (*ib.*, art. 317). Cette distinction bizarre semblerait indiquer que l'absence de la haine et de la crainte n'est pas positivement exigée devant les juridictions inférieures, comme s'il y avait deux manières de dire la vérité. Vicieux en théorie, ce système n'est pas

moins fâcheux dans l'application. Les formules indiquées étant obligatoires à peine de nullité, une jurisprudence plus conforme à la lettre de la loi qu'à la raison pratique, veut que la moindre omission entraîne nullité de la déposition du témoin. Ainsi, parce que le président aura seulement fait jurer au témoin de *dire toute la vérité*, sans ajouter *rien que la vérité*, on suppose que le témoin se sera autorisé de cette omission pour insérer dans sa déposition des faits mensongers. Mais les réserves casuistiques que l'on imagine sont trop subtiles pour entrer dans la pensée de la plupart des témoins, et les nullités prononcées en pareil cas n'ont presque jamais de motif sérieux.

230. La sanction pénale de la véracité des témoignages a toujours été plus rigoureuse au criminel qu'au civil. Chez les Juifs incontestablement, la peine du talion (Deutéron., ch. 19, vers. 21), et probablement, à Rome, celle d'être précipité du haut de la roche Tarpéienne, ne s'appliquaient qu'au faux témoin en matière pénale. Dans le dernier état du droit romain, la pénalité variait suivant les circonstances; la peine de mort était réservée pour les dépositions mensongères qui venaient à l'appui d'une accusation capitale (l. 1, § 1, ff., *ad leg. Corn. de sicar.*). Une distinction semblable était admise par notre ancienne jurisprudence, et, bien que les ordonnances prononçassent indistinctement la peine de mort, on ne condamnait le faux témoin qu'aux galères ou au bannissement, quand la vie de l'accusé n'avait pas été compromise.

Les lois actuelles, qui ne laissent plus au juge la même latitude pour le choix des peines, ont dû établir divers degrés de répression suivant la gravité du faux témoignage. Le Code pénal de 1810 a prononcé pour la première fois une peine spéciale, la réclusion, contre celui qui aurait eu lieu en matière de police simple ou correction-

nelle. Mais cette disposition était encore trop sévère pour les simples contraventions. Aujourd'hui l'article 362 du Code pénal, réformé en 1832, se borne, en matière de simple police, à prononcer la dégradation civique et un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus. L'inculpation mensongère d'un crime est punie des travaux forcés à temps. Si néanmoins l'accusé a été condamné à une peine plus forte, le témoin qui a déposé contre lui subit la même peine. Ainsi deux conditions sont exigées pour que l'aggravation ait lieu : 1° qu'il y ait eu effectivement condamnation. Ici la tentative d'homicide moral n'est pas punie comme l'homicide même; on s'en tient à la peine ordinaire, s'il y a eu acquittement[1]; 2° que le faux témoignage ait eu lieu contre l'accusé. Il n'y a pas d'aggravation de peine pour la déclaration mensongère qui aurait eu pour but de prévenir, et non d'amener une condamnation aux peines les plus graves. Cette distinction devrait être généralisée. Doit-on confondre celui qui, mû par l'affection ou par un sentiment d'humanité mal entendu, veut faire échapper le coupable à la peine, avec celui qui emploie pour perdre son ennemi l'arme la plus lâche et la plus perfide, celle de la calomnie? Si les nécessités de la répression sociale ne veulent pas que le premier demeure impuni, la conscience publique ne peut le mettre sur la même ligne que le dernier, si profondément méprisable. La distinction que notre Code a généralement repoussée (*ib.*, art. 361 et 362), a été consacrée par l'article 370 du Code sarde, par l'article 1412 du Code prussien, et par l'article 169 du Code du Brésil.

[1] Au cas d'absolution, c'est-à-dire s'il est reconnu que le fait faussement imputé n'était pas prévu par la loi pénale, il n'y aurait pas lieu à incriminer le faux témoignage, qui aurait été légalement inoffensif. C'est ainsi qu'aucune pénalité n'atteint celui qui aurait cherché à amener un empoisonnement en employant contre sa volonté des substances non vénéneuses (Code pén., art. 301).

La conduite du faux témoin devient plus vile encore, quand sa déposition mensongère a été achetée. Cette circonstance fait monter la pénalité d'un degré, soit en matière de simple police, où la loi prononce la réclusion, soit en matière de police correctionnelle, où elle prononce les travaux forcés à temps (*ib.*, art. 364). En matière criminelle, la peine ordinaire a été jugée assez rigoureuse pour qu'il ne fût pas nécessaire de l'aggraver. Quant à la subornation de témoins, le Code de 1810 déployait contre cette infraction une sévérité exagérée, qui dépassait la mesure de la répression, déjà fort sérieuse, établie pour le faux témoignage. Ainsi le suborneur était puni de mort, bien que l'accusation n'emportât que les travaux forcés à perpétuité. On fit observer en 1832 qu'il n'était pas exact de déclarer en principe le suborneur plus coupable que le faux témoin; qu'un père, par exemple, pouvait gagner des témoins afin de sauver son fils. Aussi a-t-on adopté alors une doctrine à la fois plus exacte et plus modérée, en ne considérant le suborneur que comme complice du faux témoin, et en le rendant dès lors passible des mêmes peines.

231. La constatation du faux témoignage peut réagir, soit sur l'instruction, soit sur la condamnation même. Si, d'après les débats, la déposition d'un témoin paraît fausse, il est mis sur-le-champ en état d'arrestation, et le renvoi de l'affaire à une autre session peut être provoqué ou ordonné d'office (Code d'inst. crim., art. 330). On se rappelle qu'un des principaux arguments invoqués en faveur de la procédure écrite, c'est la facilité qu'elle donne pour conserver la trace des dépositions arguées de fausseté. Notre Code d'instruction criminelle (*ib.*, art. 318), d'accord sur ce point avec la législation intermédiaire, a eu égard à cette observation. Le président, soit spontanément, soit sur la réquisition du procureur du roi ou de

l'accusé, fait tenir note par le greffier des additions, changements ou variations, qui peuvent exister entre la déposition d'un témoin et ses précédentes déclarations.

Enfin, même après la condamnation, lorsque des mandats d'arrêt sont décernés contre des témoins à charge, il est sursis à l'exécution. Si les témoins sont condamnés, la cour de cassation, sur le vu des deux arrêts, après s'être bien assurée de l'identité des faits qui ont amené la première condamnation et qui ensuite ont été reconnus faux, annule le premier arrêt, et renvoie devant une nouvelle cour d'assises, pour être procédé contre l'accusé, l'acte d'accusation subsistant (*ib.*, art. 445). Mais la révision n'est pas admise en matière de petit criminel. En conséquence, le jugement rendu par un tribunal de police simple ou correctionnelle subsisterait, malgré la condamnation des personnes sur la déposition desquelles il aurait été rendu ; le condamné n'aurait d'autre ressource que de se pourvoir en grâce, bien qu'ici la grâce pût n'être que justice (voir cependant un arr. de cassat. du 30 déc. 1842).

232. Les témoins ont droit à une indemnité au criminel, aussi bien qu'au civil (*Tarif criminel*, tit. I, chap. III). Mais on s'est quelquefois demandé ce qu'il faudrait faire, si le témoin ne pouvait révéler la vérité sans s'occasionner à lui-même un préjudice considérable, bien au delà des prévisions du tarif. Par exemple, les renseignements qu'il est appelé à donner sur les faits contestés sont de nature à divulguer un procédé qu'il a un immense intérêt à ne point faire connaître. Quelques-uns ont pensé qu'alors il devait être dispensé de témoigner. Mais c'est faire prédominer l'intérêt particulier sur l'intérêt général. Seulement il serait équitable qu'une juste indemnité lui fût accordée, puisqu'il y a là une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique. Toutefois cette charge, que le trésor devrait supporter, si la révélation était dans

le sens de l'accusation, ne pourrait, dans l'hypothèse inverse, être imposée à l'accusé, qui avait droit à l'acquittement, et qui dès lors ne saurait être légalement tenu de payer en quelque sorte sa rançon. Il faudrait bien alors s'en rapporter à sa reconnaissance envers la personne qui a dû sacrifier son intérêt à celui de la justice.

§ 3. Exclusion de certains témoins.

233. Rares en matière civile, les exclusions de la faculté de témoigner étaient assez multipliées à Rome en matière criminelle (Voir, au Digeste, le titre *de testibus*). Il devait en être ainsi dans un pays où on laissait aux particuliers le droit d'intenter les accusations. Les témoignages devenant des armes entre les mains des parties, puisque les dépositions étaient mises en jeu par les passions, au lieu d'être analysées de sang-froid, il importait du moins d'empêcher que ces armes ne fussent trop meurtrières. Dans les pays, au contraire, où prévaut, comme dans le nôtre, le système *inquisitorial*, dans le sens favorable du mot; là où la poursuite est dirigée par l'autorité publique, et non par les passions privées, on peut sans danger être sobre d'exclusions. Les témoins ne reçoivent plus à l'avance les instructions de l'accusateur ou de l'accusé. Qui oserait aujourd'hui donner à leur égard le conseil que donne Quintilien aux avocats de son temps (*Inst. Orat.*, liv. V, ch. VII) : *multum domi ante versandi, variis percontationibus explorandi?* Les restrictions, qui pouvaient être utiles, lorsque les témoins n'étaient que des instruments entre les mains des parties, ne seraient plus que des entraves dangereuses dans un système où les dépositions sont libres et spontanées.

Aussi notre ancienne jurisprudence, qui admettait le système inquisitorial, a-t-elle été plus large pour l'ad-

mission des témoins en matière criminelle, qu'en matière civile. « Le danger de laisser impunis les crimes qui » troublent l'ordre de la société, » dit Merlin, (*Répert.*, au mot *Témoin judiciaire*, § 1, art. III), « a paru aux » cours souveraines plus grand et plus à craindre que » celui d'exposer quelques témoins au parjure. » Tandis que l'ordonnance de 1667 défendait, comme nous l'avons vu, d'ouïr les parents ou alliés jusqu'au huitième degré inclusivement, celle de 1670 était complétement muette sur les rapports de parenté ou d'alliance. On pouvait sans doute reprocher les témoins dans les informations comme dans les enquêtes; mais on a toujours observé l'ancienne maxime qui nous est citée par Loysel (*Instit. coutum.*, titre des Preuves, § 27) : *En matière criminelle, les reproches demeurent à l'arbitrage des juges.* La déposition était toujours reçue, sauf au juge à ne la considérer que comme un simple renseignement. Cette restriction était sérieuse sans doute, puisqu'il fallait pour condamner deux témoignages proprement dits; mais, dans la plupart des cas, c'était au juge à déterminer l'importance qu'on devait attacher au reproche. De plus, dans les cas graves, on en était venu à se départir de cette exigence, et on admettait comme témoins nécessaires ceux qui, dans d'autres circonstances, n'auraient été admis qu'à faire de simples déclarations : par exemple, dans les accusations d'assassinat, les personnes attachées au service de la victime.

234. Le Code d'instruction criminelle, fidèle aux errements de cette jurisprudence, ne prononce également aucune exclusion absolue de la faculté de témoigner. Il permet seulement (art. 322) à l'accusé, au procureur général et à la partie civile de s'opposer à l'audition :

1° Du père, de la mère, de l'aïeul, de l'aïeule, ou de tout autre ascendant de l'accusé ou de l'un des accusés présents et soumis au même débat;

2° Des fils, filles, petit-fils, petites-filles, ou de tout autre descendant;

3° Des frères et sœurs;

4° Des alliés aux mêmes degrés;

5° Du mari ou de la femme;

6° Des dénonciateurs dont la dénonciation est récompensée par la loi.

Les dénonciateurs qui ne sont pas ainsi récompensés, sont admis à déposer, mais le jury est averti de leur qualité de dénonciateurs (*ib.*, art. 323). Du reste on trouve difficilement aujourd'hui [1] des exemples de dénonciateurs récompensés pécuniairement. On peut citer la loi du 4 germinal an II, qui remet l'amende et la confiscation à celui qui dénonce la prévarication d'un préposé des douanes. Et encore, comme il ne s'agit que d'un délit dans cette loi, ce ne sera que dans ces cas exceptionnels, à raison par exemple d'une question subsidiaire, que l'application de cette disposition pourra être faite par une cour d'assises.

235. Le nombre de ces exclusions facultatives est déjà peu considérable, si on le compare à celui des reproches que nous avons énumérés en matière civile. Mais la jurisprudence va plus loin encore; elle autorise, en vertu du pouvoir discrétionnaire, l'audition de toute personne, même des parents les plus proches (Voyez notamment les arrêts de rejet du 20 octobre 1839, du 29 mai et du 26 décembre 1840). Cette décision s'appuie sur l'article 269 du Code d'instruction, qui permet au président de faire entendre toute personne dont la déposition paraîtra pouvoir répandre un jour utile sur les faits contestés, en ajoutant que les témoins ainsi appelés ne prêteront pas

[1] On lisait sur les assignats : *La loi récompense le dénonciateur*. Il n'y a plus rien de pareil aujourd'hui en ce qui touche les faux billets de banque ou la fausse monnaie.

serment, et que leurs déclarations ne seront considérées que comme renseignements. La première partie de cet article ne fait aucune distinction, et autorise, en vertu du pouvoir discrétionnaire, la recherche de la vérité par tous les moyens possibles. La seconde partie, en écartant la prestation de serment, trace une ligne de démarcation sensible entre les dépositions ainsi faites et les témoignages proprement dits, que repousse l'article 322. On reproche à cette jurisprudence d'introduire entre les témoignages proprement dits et les simples renseignements une distinction subtile, devenue sans objet, aujourd'hui qu'il est permis de condamner d'après toute espèce de documents; mais il n'est pas vrai que les personnes appelées ainsi par le président soient dans la même position que les témoins ordinaires. D'abord, ni l'esprit ni la lettre de la loi ne les astreignent à déposer. Les dispositions contre les témoins réfractaires ne sauraient atteindre le fils qui refuserait de témoigner contre son père, la femme qui refuserait de témoigner contre son mari. De plus, ce qui réconcilie la jurisprudence avec la morale, c'est que les simples renseignements n'étant pas garantis par la foi du serment, ne constituent pas un témoignage proprement dit, et que dès lors les fausses déclarations en pareille circonstance, ne sauraient entraîner les peines attachées au faux témoignage. Avec ces sages restrictions, il nous semble que l'interprétation donnée dans la pratique à l'article 269 n'a rien que de conforme à notre système d'instruction, qui consiste à rechercher à tout prix la vérité. On ne doit pas exiger la déposition des proches parents, mais il peut être nécessaire de s'adresser à eux pour connaître les faits. Le système contraire mènerait à l'impunité de tout crime commis par un père sur la personne d'un de ses enfants en présence seulement de la mère, d'un frère, ou d'une sœur.

Mais la répression de délits n'affecte pas l'utilité sociale au même degré que celle des crimes. Aussi n'a-t-on pas accordé le pouvoir discrétionnaire au juge de simple police, ni même au président du tribunal de police correctionnelle. Dès lors les mêmes parents du prévenu (*ib.*, art. 156), qui pourraient faire de simples déclarations devant les cours d'assises, doivent toujours être exclus au petit criminel, lorsque l'une des parties s'oppose à leur audition.

236. On ne peut jamais entendre qu'à titre de simple renseignement le témoignage d'une personne qui a encouru la mort civile ou la dégradation civique, ou bien qu'un jugement de police correctionnelle a privée spécialement du droit de déposer en justice. Mais le législateur n'a pas reproduit ici la règle qui veut que, devant le juge d'instruction, les enfants au-dessous de quinze ans ne soient entendus que par forme de déclaration et sans prestation de serment (*ib.*, art. 79). Néanmoins la cour de cassation avait jugé, chambres réunies, sur les conclusions conformes de Merlin, le 3 décembre 1812, que l'article 79 était applicable aussi bien aux débats qu'à l'information préalable, et qu'aux termes de cet article, la prestation de serment ne pouvait pas avoir lieu. Cette doctrine, consacrée plus récemment par un arrêt de cassation du 9 juin 1831, semble aujourd'hui abandonnée par la cour (arr. de rejet du 16 juillet 1835 et du 8 mars 1838), qui laisse au président la faculté d'exiger le serment ou d'en dispenser suivant les circonstances. Nous regrettons sa première jurisprudence à la fois moins arbitraire et plus conforme à l'esprit de la loi, qui n'a pas voulu assujettir au serment les dépositions, même simplement préparatoires, des impubères. Porterait-on contre eux une accusation de faux témoignage? Il est difficile d'admettre cette conséquence, surtout lorsqu'il dépendrait du prési-

dent de les mettre ou non sous le coup de cette pénalité. Le parti le plus simple est donc de ne jamais exiger le serment.

§ 4. Appréciation des témoignages.

237. Les deux règles si arbitraires de l'exclusion d'un témoin unique, et de la force invincible attachée à deux témoignages conformes et non suspects, étaient admises au criminel comme au civil.

238. La première de ces règles a amené quelquefois de bien singuliers résultats. Ainsi Bentham nous rapporte (*Preuves judiciaires*, liv. VII, ch. XIV), d'après les mémoires du temps, qu'un statut de Guillaume III, qui exigeait en matière de haute trahison la déposition de deux témoins, fut mis à profit par de grands personnages : ils entretenaient une correspondance avec le roi exilé, mais ils ne couraient aucun danger, parce qu'ils avaient soin de ne se servir que *d'un seul émissaire*. Chez nous, on avait fini par restreindre aux crimes emportant peine capitale le principe de l'exclusion d'un témoin unique. Cette opinion, consacrée encore aujourd'hui par certaines législations (voir notamment le Code pénal d'Autriche, part. I, art. 404), a en sa faveur l'autorité de Montesquieu [1] (*Esprit des lois*, liv. XII, ch. 3) : « Les lois qui font périr » un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fa- » tales à la liberté. La raison en exige deux, parce qu'un » témoin qui affirme, un accusé qui nie, font un partage; » et il faut un tiers pour le vider. » Mais il est facile de répondre à ce raisonnement. Si le témoin qui affirme est un homme digne de toute confiance, et il faut le supposer, pour qu'on puisse s'attacher à son témoignage, peut-on mettre en balance avec sa déposition la dénégation

[1] Voir, dans le même sens, d'Aguesseau, lettre 108.

intéressée de l'accusé? Montesquieu aurait raison, s'il s'agissait du conflit de deux témoins, l'un à charge, l'autre à décharge; alors il y aurait en effet un partage à vider. Mais l'accusé ne peut être considéré comme valant à lui seul un témoin à décharge. Ce grand génie éprouvait sans doute, en s'attachant à ce principe restrictif, le besoin de maintenir certaines garanties contre la rigueur si outrée de la jurisprudence criminelle de son temps, dont les déplorables erreurs ne sont que trop célèbres. Il eût probablement raisonné autrement en présence du jury. Du reste, nous avons déjà remarqué que la maxime *testis unus, testis nullus* n'était pas dans la pratique aussi favorable à l'accusé qu'on serait tenté de le croire. Si la déposition du témoin unique était fortifiée de quelque adminicule, elle pouvait donner lieu à la torture, et l'on obtenait ainsi, par un moyen aussi atroce que factice, le supplément de preuve nécessaire pour amener la condamnation [1].

Aujourd'hui, en présence de l'article 342 du Code d'instruction, il n'est plus permis de douter que notre droit criminel n'ait écarté toutes ces règles arbitraires, pour s'attacher à l'intime conviction. Seulement des doutes s'étaient élevés en matière de chasse, à raison de l'article 11 de la loi du 30 avril 1790, qui permet de suppléer au procès-verbal des gardes champêtres par la déposition *de deux témoins*. Mais la cour de cassation a décidé avec raison, et notamment par arrêt de cassation du 7 février 1835, qu'il ne fallait voir dans cet article qu'un vestige des anciennes idées, qui n'avait pu survivre à la promulgation pos-

[1] A Rome, on faisait mieux encore. Lorsque le témoin ne paraissait pas offrir des garanties suffisantes, il était mis lui-même à la torture : « *Si ea rei conditio sit,* » dit Arcadius (l. 21, § 2, ff. *de testib.*), « *ubi arenarium testem vel similem personam admittere cogimur, sine tormentis testimonio ejus credendum non est.* »

térieure des lois qui ont réorganisé la procédure criminelle.

239. Quant à la seconde règle, bien plus exorbitante encore que la première, il ne faut pas croire, ainsi qu'on l'a quelquefois soutenu, qu'elle fût tombée en désuétude dans le dernier état de notre ancienne jurisprudence. A la veille même de la révolution française, cette doctrine déplorable reçut la sanction la plus éclatante. En 1786, un mémoire de Dupaty (l'auteur des Lettres sur l'Italie), connu sous le nom de *mémoire pour trois hommes condamnés à la roue*, s'était élevé avec force, à l'occasion d'une procédure scandaleuse, contre les abus de la marche alors suivie au criminel, et notamment contre la maxime que le rapport conforme de deux témoins doit emporter condamnation. Ce mémoire, qui avait eu un grand succès dans le public, excita l'indignation de la magistrature. L'avocat général Séguier en poursuivit la suppression devant le parlement de Paris. On lit dans son réquisitoire (voyez le réquisitoire, ainsi que le mémoire de Dupaty, dans *le Barreau français*, collection de Clair et de Clapier, 1re série, tome IIIe) : « La déposition » de deux témoins n'est pas une présomption, c'est une » preuve; et si je la rejette, tous les citoyens confiés à » ma garde seront exposés à être égorgés impunément. » C'est donc le cas de dire *avec la loi des Douze Tables : Salus » populi suprema lex esto*[1]. La déposition de deux témoins » conformes, non valablement reprochés, doit passer » pour une preuve complète, selon toutes les lois di» vines et humaines; il est néanmoins dans la nature » des choses que deux témoins irréprochables se soient » trompés et aient trompé les juges; le magistrat le plus » intègre peut être surpris; mais il ne perd rien de sa

[1] L'érudition de l'avocat général est ici au niveau de sa doctrine. Rien ne prouve que cet adage banal ait été formulé dans la loi des Douze Tables.

» dignité, quand il s'est conformé aux volontés de la loi, » règle unique de ses jugements. » Ces étranges doctrines furent consacrées par le parlement comme de véritables articles de foi, et le mémoire de Dupaty subit le même sort que plusieurs écrits irréligieux du dernier siècle. Un arrêt du 11 août 1786 ordonna qu'il fût lacéré et brûlé en la cour du palais, au pied du grand escalier, par l'exécuteur de la haute justice, comme *injurieux aux magistrats, tendant à dénaturer les principes les plus sacrés, destructif de toute confiance dans la législation et dans les magistrats*, etc. On voit que l'assemblée constituante s'attaquait à des abus encore en pleine vigueur, lorsqu'elle proclamait le principe de l'intime conviction, dans son instruction de 1791 sur la procédure criminelle : instruction reproduite presque littéralement en ce point par l'article 342 du Code qui régit actuellement la matière. Aujourd'hui, si certaines législations consacrent encore l'exclusion d'un témoin unique, du moins la maxime aussi grossière que barbare qui attachait une foi absolue au rapport de deux témoins, est universellement abandonnée.

240. Par cela seul que l'appréciation des témoignages n'est plus soumise à des règles techniques, mais est toute morale, il importe que les dépositions se présentent sous la forme la plus vraie, c'est-à-dire qu'elles aient lieu oralement (Code d'inst. crim., art. 317). Ainsi on ne peut donner lecture aux débats, avant la déposition orale d'un témoin, de sa déposition écrite dans l'instruction (arrêt de cassation du 7 avril 1836). Après la déposition orale, au contraire, on a toujours admis qu'il pouvait être donné lecture de la déposition écrite afin de constater les variations du témoin (Code d'inst. crim., art. 317). Cette exception n'est plus la seule aujourd'hui. Indépendamment des personnes que leurs fonctions ou leurs dignités font

dispenser du témoignage oral, la jurisprudence admet à titre de renseignement, en vertu du pouvoir discrétionnaire, la lecture de la déposition d'un témoin absent ou décédé (arrêt de rejet du 16 juin 1831); et en effet, la prohibition que contenait à ce sujet le Code de brumaire an IV, n'est pas reproduite par le Code de 1808. Mais il est défendu de remettre au jury, lorsqu'il se retire dans sa chambre pour délibérer, les déclarations écrites des témoins (Code d'inst. crim., art. 341). Et cela doit s'entendre, non-seulement des déclarations faites devant le juge d'instruction, qui ne figurent pas dans les éléments du débat définitif; mais même des dépositions des témoins empêchés, lues à l'audience en vertu du pouvoir discrétionnaire. Si on remettait ces dépositions au jury, comme ce seraient les seules qu'il eût sous les yeux, elles pourraient avoir une influence trop directe sur sa détermination, et faire prévaloir, contre l'esprit de la loi, les documents écrits sur les témoignages oraux.

DEUXIÈME MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DU DÉFENDEUR. — AVEU EXPRÈS OU TACITE.

241. La déclaration de l'homme sur les faits litigieux, qui émane ordinairement de tiers étrangers aux procès, peut être l'œuvre des parties elles-mêmes. Nous réservons pour la troisième partie de ce livre les cas assez rares où la déclaration du demandeur même fait foi en justice. Nous allons nous occuper ici de la preuve appelée par les anciens auteurs la preuve par excellence, *probatio probatissima*, de l'aveu, c'est-à-dire du témoignage du défendeur même, reconnaissant, contre son propre intérêt, la vérité des faits allégués par l'adversaire.

242. L'aveu peut être exprès; c'est l'aveu proprement dit. Il peut être tacite et résulter de certaines circonstances déterminées. Le refus de prêter ou de référer le serment décisoire est la plus remarquable de ces circonstances.

PREMIÈRE SORTE D'AVEU.

AVEU EXPRÈS, OU AVEU PROPREMENT DIT.

243. Suivant notre usage, nous commencerons par examiner quelle est la force de l'aveu; puis nous nous occuperons de la procédure par laquelle on cherche à l'obtenir.

PREMIERE SECTION.

FORCE DE L'AVEU.

244. En toute matière, l'aveu a une haute importance. Mais cette importance est plus grande encore au civil qu'au criminel. Là où il ne s'agit que de questions pécuniaires, l'aveu a en général une force absolue : tant pis pour celui qui reconnaîtrait sciemment une dette fausse; la société ne doit pas de protection aux intérêts privés qui jugent à propos de se sacrifier eux-mêmes. Devant les juridictions criminelles, au contraire, la foi de l'aveu n'est pas aussi complète; il ne suffit pas qu'un accusé consente à être condamné pour que sa condamnation soit légitime, il faut que sa culpabilité soit d'ailleurs vraisemblable.

PREMIÈRE DIVISION.

FORCE DE L'AVEU EN MATIÈRE CIVILE.

245. L'aveu dont on peut se prévaloir contre son adversaire est, aux termes de l'article 1354 du Code civil, judiciaire ou extra-judiciaire. C'est à l'aveu judiciaire que la loi s'est attachée spécialement, soit parce qu'il est toujours régulièrement constaté, soit parce que les circonstances dans lesquelles il intervient ne permettent pas de le considérer comme fait légèrement et sans réflexion. Nous allons examiner les principes établis par le Code civil relativement à cette première espèce d'aveu; nous verrons ensuite jusqu'à quel point ces principes sont applicables à l'aveu extra-judiciaire.

§ 1. Aveu judiciaire.

246. L'aveu judiciaire est défini (art. 1356, *ib.*), la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. L'aveu peut entraîner une véritable aliénation; il suppose donc, chez celui dont il émane, la libre disposition des droits qui sont ainsi volontairement abandonnés. De là une première conséquence, c'est qu'il doit être l'œuvre d'une partie capable; sinon, il pourra être attaqué par les intéressés comme renfermant une donation déguisée, et en ce sens on est fondé à dire : *qui non potest donare, non potest confiteri.* Mais les circonstances peuvent être telles que nul doute ne s'élève sur la

sincérité de l'aveu ; alors il sera valable, bien qu'émané d'une personne incapable de donner, si cette personne était capable d'ester en justice. C'est ainsi qu'on pourrait maintenir comme sérieux les aveux faits par un père au profit de son fils naturel reconnu, si tout indiquait que la contestation n'avait rien de fictif. Dans cette question, comme dans toutes celles qui concernent les libéralités déguisées, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire.

Une seconde conséquence du principe qu'avouer équivaut souvent à aliéner, c'est que l'aveu est interdit, comme l'aliénation, à un mandataire qui ne serait pas spécialement autorisé à cet effet (*ib.*, art. 1998). Toutefois l'aveu fait sans pouvoir pourra quelquefois compromettre le mandant. Sans doute, lorsque mon mandataire sera un simple particulier n'ayant aucun caractère public, la confession qu'il aura faite en mon nom, sans y être autorisé, sera radicalement nulle, comme excédant les bornes de son mandat (*ib.*, art. 1998). Mais quand je suis représenté par un officier public procureur *ad lites*, par un avoué ou par un huissier, ses actes sont considérés comme mes actes propres, et me lient, du moins jusqu'à preuve contraire. Si je veux les faire tomber, je suis obligé de suivre une procédure particulière, celle du désaveu : ce qui serait complétement inutile à l'égard d'un mandataire ordinaire (Code de proc., art. 352 et suiv.). Quant à l'avocat, n'étant pas le représentant immédiat de la partie, il ne la compromet pas directement par les aveux qui lui échappent ; aussi est-il constant qu'un avocat ne saurait être passible de désaveu. Néanmoins, si l'avoué ne rétracte pas la confession faite par l'avocat, il est censé se l'approprier, et alors la partie lésée est autorisée à désavouer, non pas l'avocat, mais l'avoué seulement (arr. de rejet du 9 avril 1838).

247. L'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait (Code civ., art. 1356). Mais cette proposition n'est vraie qu'autant que des intérêts d'un ordre supérieur ne se trouvent pas en litige. C'est ainsi que le Code de procédure (art. 870) décide, en matière de séparation de biens, que l'aveu du mari ne fait pas preuve. Cette décision s'applique, à plus forte raison, à la séparation de corps et aux nullités de mariage. Si, dans les cas où l'intérêt général veut qu'il ne soit prononcé qu'en connaissance de cause, il n'est pas permis de s'en tenir à l'aveu, doit-on hésiter à lui refuser toute force, quand il tend à établir certains faits dont la loi prohibe la reconnaissance, par exemple, une filiation incestueuse ou adultérine? Nous approuvons donc, contrairement à l'opinion de certains auteurs, un arrêt de rejet du 28 juin 1815, qui a refusé de reconnaître une filiation adultérine, malgré l'aveu émané de la partie intéressée, contradictoirement avec ses adversaires. La question n'est pas de savoir si on a une certitude morale des faits ainsi avoués, puisque la reconnaissance, même par un acte authentique, n'est pas admise, mais si ces faits ne sont pas aux yeux de la loi d'une nature telle qu'on doive en repousser la constatation, à moins que la preuve ne résulte de la force des choses (par exemple, celle de la maternité adultérine, en cas de désaveu). Et en effet, comment serait-il permis d'avouer une filiation qu'il est interdit de rechercher ou de reconnaître? Enfin, à bien plus forte raison, l'aveu serait impuissant pour modifier les règles de droit d'où dépend le sort de la contestation. C'est ainsi que la cour de cassation (arrêt de rejet du 8 août 1808) a refusé d'attacher aucun effet à la reconnaissance faite en justice, que la législation d'un autre pays faisait la loi de la matière.

248. Sur quelques points que porte l'aveu, il est clair que, pour entraîner condamnation, il doit être précis et complet. Autrement il ne serait tout au plus qu'un commencement de preuve, qu'il faudrait compléter par d'autres voies de démonstration. Les jurisconsultes romains n'ont fait que proclamer une vérité de tous les temps, lorsqu'ils ont dit (Ulp., l. 6, pr., ff., *de confess.*) : *certum confessus pro judicato erit; incertum, non erit.*

249. L'aveu peut-il être rétracté, tant qu'il n'a pas été accepté par l'adversaire ? On dit, pour l'affirmative (Voyez Solon, addition à l'*Essai sur les preuves* de Gabriel, § 128), qu'il ne faut pas confondre avec une convention la simple déclaration d'un fait. Une convention exige le concours de deux volontés, et ne peut dès lors produire effet au profit d'une personne non présente (Code civil, art. 1121), qu'autant que cette personne a déclaré vouloir en profiter. Mais la déclaration d'un fait, surtout lorsqu'elle a lieu en justice, doit être présumée vraie, si elle est libre et spontanée, quand même l'adversaire ne s'en serait pas fait donner acte ; cette circonstance postérieure semble étrangère à la validité intrinsèque de l'aveu, validité qui devait exister au moment même où il a eu lieu. Bien que ces considérations ne manquent pas de gravité, l'utilité pratique a fait depuis longtemps prévaloir l'opinion contraire. On a trouvé trop de danger à ce qu'il ne fût pas permis de revenir immédiatement sur des paroles proférées à la légère par la partie, souvent même par son représentant, quand il n'y avait encore aucun droit acquis pour la partie adverse. Cela était si bien établi dans notre ancienne jurisprudence, que Pothier (*Obligations*, n° 831) définit la confession judiciaire, l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et *dont le juge donne acte.* Un arrêt de la cour de Colmar du 21 avril 1828 a consacré expressément cette

décision, peu contestée au palais. Mais, lorsqu'il s'agit de faire valoir l'aveu, non comme décisif contre la partie qui l'a articulé, mais simplement comme interruptif de prescription, on convient que l'acceptation n'est pas nécessaire. Si une déclaration promptement rétractée ne peut servir de base à la condamnation du débiteur, elle peut suffire du moins pour rendre sa libération équivoque, et pour restituer au créancier le droit de prouver sa créance, en le relevant d'une déchéance rigoureuse. Pothier, qui nous enseigne la règle, nous enseigne aussi l'exception (*ib.*, n° 693), qui a passé dans la jurisprudence moderne (arrêts de rejet du 24 mai 1832 et du 22 août 1837).

Ce qu'il y a de certain, c'est que l'aveu, comme toute déclaration faite en justice, peut être rétracté pour violence, dol ou erreur. Mais on nous avertit (Code civ., art. 1356) qu'il faut que l'erreur porte sur le fait, et non sur le droit. L'erreur de droit en effet n'est pas de nature à altérer la sincérité de la confession. J'ignorais les conséquences que l'aveu devait entraîner pour moi; j'ai pu agir imprudemment; mais, de ce que la vérité m'est préjudiciable, il ne s'ensuit nullement que je n'aie pas dit la vérité.

250. Enfin, l'aveu (même art. 1356) ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. Cette indivisibilité est de toute justice. Lorsque je m'en rapporte à la déclaration de mon adversaire, je dois la prendre telle qu'elle est, je ne puis la scinder arbitrairement, pour en extraire seulement ce qui m'est favorable. Autrement on lui prête un langage qu'il n'a ni tenu, ni voulu tenir; car on sait combien il est facile, en isolant certaines expressions, de leur donner un sens manifestement contraire à l'intention de celui qui les a prononcées. L'aveu peut être accepté ou rejeté, mais il n'est pas permis de le dénaturer. Ainsi, quand je n'aurai aucune autre preuve d'un prêt que la

confession de celui à qui je l'aurai fait, et qu'il aura dit s'être engagé à me rendre la somme sans intérêts, je ne serai pas reçu à soutenir, en invoquant par exemple des présomptions, si la somme ne dépasse pas cent cinquante francs, que des intérêts ont dû être stipulés. Il y a un peu plus de doute touchant l'indivisibilité, lorsque la déclaration qui modifie l'aveu porte sur un fait distinct et postérieur, par exemple, sur un payement que mon débiteur déclarerait avoir effectué, en même temps qu'il reconnaîtrait la dette. Ici on pourrait être tenté de soutenir qu'il n'est pas interdit de séparer deux déclarations qui sont loin de se confondre, puisque l'une est l'aveu d'un premier fait, tandis que l'autre est l'allégation d'un second fait, tout favorable à celui qui s'en prévaut, et se référant à une autre époque. Néanmoins cette espèce a toujours été confondue avec la précédente. Puisque je ne me suis pas procuré d'autres preuves, j'ai eu confiance en la bonne foi de mon adversaire; c'est à cette bonne foi que je dois m'en rapporter pour tout ce qui concerne la dette. C'est ce que le Code civil décide expressément en matière de dépôt: « Lorsque le dépôt, dit l'article 1924, étant » au-dessus de cent cinquante francs, n'est point prouvé » par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en » est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du » dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour » le fait de sa restitution. » Cette décision doit être généralisée. Il y a même raison pour s'en rapporter complétement au débiteur, dans toute circonstance analogue.

Mais il doit en être autrement, quand celui qui a fait l'aveu allègue, pour en détruire l'effet, un fait entièrement nouveau, par exemple, une créance en sa faveur, qui se compenserait avec la dette avouée. Je veux bien suivre la foi de mon débiteur, en ce qui concerne sa dette; mais je n'a jamais eu l'intention de l'autoriser à

se déclarer à son tour mon créancier. Autrement, en pressant les conséquences du principe de l'indivisibilité, on en viendrait au point que, si la créance alléguée par le débiteur dépassait le montant de sa dette, comme il serait impossible de scinder sa déclaration, le prétendu aveu finirait par intervertir les rôles, et par rendre en dernière analyse le créancier débiteur; ce qui est trop évidemment inadmissible. La division était possible à Rome en pareille hypothèse. Voici en effet l'espèce que pose Scévola (l. 26, § 2, ff., *depos.*) : *Titius Semproniis salutem : habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum : ex quibus debetis mihi decem quos apud Titium deposuistis, item quos Trophimati decem : item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit. Quæro an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc quod scripsit, judicem æstimaturum.* Cette doctrine est bien exposée par Voët, auteur peu versé sans doute dans la connaissance historique du droit romain, mais qui développe souvent avec justesse les principes de raison puisés par les modernes dans cette législation. On lit dans son commentaire sur le titre *de confessis*, n° 5 : *Equidem si plura sint capita confessionis separata, quorum unum haud dependet ab altero, nihil vetat quominus divisio confessionis admittatur, et accipiatur pars altera, altera rejiciatur; sicut unam partem sententiæ, quæ confessioni similis, admittere potest qui succumbit, et ei acquiescere, ab altera vero appellare. Sin omnia confessione comprehensa inter se connexa, et unius quasi actus continui factum contineant, non videtur circa eumdem actum admittenda separatio, et proinde vel tota confessio acceptanda est, vel tota rejicienda,*

cùm iniquum sit commoda quidem admittere, repudiare vero onera eidem cohærentia.

La jurisprudence de la cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens. Elle a admis l'indivisibilité, quand il s'agissait de savoir à quel titre des valeurs avaient été remises, la remise n'étant constatée que par l'aveu de celui qui les avait reçues (arr. de rejet du 25 février 1827); ou bien de justifier de l'emploi de sommes que le défendeur reconnaissait avoir reçues, et qu'il disait avoir versées ensuite entre les mains du demandeur (arr. de rejet du 6 novembre 1838). Au contraire, elle a permis de diviser l'aveu, lorsqu'une créance distincte était alléguée pour opérer compensation de la dette avouée (arr. de rejet du 14 janvier 1824) et en général lorsqu'il s'agissait de faits non connexes (voyez les arrêts de rejet du 23 décembre 1835 et du 6 février 1838). Cette distinction une fois admise, il n'est pas douteux qu'on ne puisse isoler les réponses faites dans un interrogatoire sur faits et articles, quand ces réponses ne sont pas connexes; autrement le but de l'interrogatoire serait complétement manqué, puisqu'il ne me serait pas permis de me prévaloir des déclarations vraies de mon adversaire sur certains points, sans me trouver obligé d'accepter sur d'autres points ses déclarations mensongères.

Ce qu'il y a de certain, c'est que les restrictions de l'aveu, pas plus que l'aveu même, ne peuvent contrarier les prohibitions de la loi : ainsi une personne que la loi présume interposée au profit d'un incapable, reconnaît avoir reçu une donation; vainement ajoutera-t-elle qu'elle l'a reçue pour son compte, et que son aveu doit être considéré comme indivisible, la seconde partie de la déclaration sera rejetée comme illégale, mais la première sera maintenue. De plus, indépendamment des présomptions légales, on a toujours pensé que, lorsqu'il y

avait dans la cause des indices de dol, l'indivisibilité de l'aveu pourrait être écartée en connaissance de cause. C'est probablement pour ce motif que l'article 1961 du Code hollandais s'en rapporte, sur l'indivisibilité de l'aveu, aux lumières du juge. Notre Code sans doute ne va pas aussi loin, nos tribunaux ne peuvent, sans motif apparent, s'écarter de la règle tracée, mais les cas de fraude sont, ici comme partout ailleurs, exceptés. Si donc l'addition faite à l'aveu est gravement suspecte, par exemple, si les circonstances alléguées pour le modifier sont d'une invraisemblance grossière, le tribunal pourra écarter cette addition, pour s'en tenir purement et simplement à l'aveu, mais en ayant soin de mentionner les indices de dol que présente la cause.

§ 2. Aveu extrajudiciaire.

251. L'aveu extra-judiciaire est celui qui n'a pas lieu en face de la justice dans le cours d'un procès. Le législateur ne s'est occupé de cet aveu qu'en ce qui touche la manière de le prouver. Ordinairement, s'il ne rentre pas dans la classe des preuves préconstituées, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, c'est-à-dire s'il est purement verbal, il ne peut évidemment se prouver que par témoins, à moins que l'aveu ne soit lui-même avoué en justice. Le Code civil nous rappelle (art. 1355) que, pour une dette au-dessus de cent cinquante francs, il n'est pas plus permis de prouver par témoins l'aveu, qu'il ne le serait de prouver la dette elle-même.

Quelquefois cependant l'aveu extrajudiciaire a un caractère particulier, c'est lorsqu'il n'a pas lieu à proprement parler en justice, mais seulement devant une autorité qui peut en dresser acte, par exemple devant le juge de paix siégeant en qualité de conciliateur des parties.

Cet aveu n'est pas un aveu judiciaire, ainsi que quelques-uns l'ont cru mal à propos, puisque le fonctionnaire devant lequel il est articulé ne siége pas comme juge, et n'aurait pas qualité pour le provoquer par un interrogatoire en forme. La confession ainsi faite n'aura donc pas la même force que si elle était intervenue dans le cours d'un procès. Mais elle pourra évidemment être alléguée, quelle que soit l'importance du litige; car, bien que verbale, elle a eu lieu devant une autorité investie du pouvoir de la constater (Code de proc., art. 54 et 55).

252. L'aveu extrajudiciaire, en le supposant légalement prouvé, n'est pas au fond d'une autre nature que l'aveu judiciaire. S'il est positif et précis, en quelque lieu qu'il ait été fait, il doit être décisif contre la partie qui s'est condamnée par sa propre bouche. Cependant la loi n'a pas cru devoir répéter pour cet aveu ce qu'elle dit pour l'aveu judiciaire, qu'il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. C'est qu'elle a craint qu'on n'abusât de cette règle. L'aveu extrajudiciaire en effet est rarement bien complet et bien net. Les paroles qui échappent dans une conversation ne sont pas pesées par celui qui les prononce, comme celles qui sont proférées en justice dans un interrogatoire solennel. Il faudra donc examiner avec soin dans quelles circonstances une partie aura fait cette reconnaissance, dont on cherche à se prévaloir contre elle. Ainsi on ne devra jamais manquer de s'enquérir si elle a eu lieu ou non en présence du créancier. De même on attachera plus de force à l'aveu extrajudiciaire dont nous parlions tout à l'heure, à celui qui aurait été recueilli par le juge de paix siégeant comme conciliateur, qu'à celui qui ne se rattacherait qu'à une conversation particulière. Nous pourrons donc dire avec l'article 1965 du Code hollandais : « Il » est laissé à la prudence du juge de déterminer l'effet » de l'aveu extrajudiciaire. » Nul doute d'ailleurs que

l'aveu extrajudiciaire, comme l'aveu judiciaire, n'exige un pouvoir spécial du mandataire qui le fait pour autrui, et ne puisse être révoqué pour erreur de droit. Quant à l'acceptation, elle est nécessaire en ce sens que des paroles proférées légèrement peuvent toujours être immédiatement rétractées, mais il n'est pas besoin que l'on prenne acte expressément de l'aveu, ainsi qu'on le ferait en justice; la partie qui l'a recueilli est censée l'avoir tacitement accepté.

253. On s'est souvent demandé si l'aveu extrajudiciaire était indivisible. En raison, il est également vrai dans tous les cas que, quand je n'ai en ma faveur que la déclaration de la partie adverse, je dois la prendre ou la rejeter dans son entier. C'est ainsi que l'indivisibilité est consacrée pour l'aveu littéral qui résulte des registres des marchands (Code civ., art. 1330). Mais tout ce qu'on peut conclure de là, c'est que la doctrine de l'indivisibilité n'est pas étrangère à l'aveu extrajudiciaire, et que ce serait souvent mal juger que de diviser un aveu de cette nature. Mais y aurait-il lieu à casser un jugement qui opérerait cette division? Il est difficile de le croire, quand, avant la promulgation du Code civil, il était constant que la cassation ne pouvait avoir lieu, même pour la violation de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, principe qui n'était qu'une règle d'appréciation pour le juge, et non une obligation légale (arrêt de rejet du 20 fructidor an XII). Ce qui était vrai pour l'aveu judiciaire même, l'est encore aujourd'hui, dans le silence de la loi, pour l'aveu extrajudiciaire. La division de cet aveu mal à propos opérée peut donner lieu à un appel, mais non à un recours en cassation (voir en ce sens un arrêt de rejet du 10 décembre 1839).

DEUXIÈME DIVISION.

FORCE DE L'AVEU EN MATIÈRE CRIMINELLE.

254. L'aveu, au criminel comme au civil, peut être judiciaire ou extra-judiciaire.

255. L'aveu extra-judiciaire, lorsqu'il n'est pas réitéré par l'accusé en justice, et qu'il n'est pas constaté par un écrit spécial, ce que nous supposons toujours dans ce livre, ne peut être établi que par témoins. La preuve testimoniale tendant à constater cet aveu sera soumise aux mêmes règles, que si elle tendait directement à constater le point en litige. Elle sera par conséquent admissible, à moins que l'on ne rentre dans les cas où elle est prohibée devant toute juridiction ; par exemple si l'on voulait faire entendre des témoins pour établir la reconnaissance d'un prétendu dépôt, dont on alléguerait la violation, on serait non recevable, attendu qu'il fallait se procurer un écrit. Dans tous les cas, le juge doit examiner, comme pour l'aveu extrajudiciaire civil, quand et comment on dit que l'accusé a avoué. Ainsi on aura bien plus d'égard à une déclaration recueillie par un commissaire de police, quoiqu'il n'ait pas qualité pour procéder à un interrogatoire régulier, qu'à celle qui n'aurait eu lieu qu'en présence de simples particuliers. L'aveu extrajudiciaire n'était considéré jadis que comme un indice ; mais, d'après la jurisprudence barbare que nous avons signalée, il pouvait, comme la déposition d'un témoin unique, justifier l'emploi de la torture (voyez Muyart

de Vouglans, *Inst. au droit crim.*, part. VI, chap. IV). Aujourd'hui l'importance de cet aveu doit varier suivant les circonstances.

256. Au contraire, la confession que fait l'accusé, lorsque les conséquences de sa déclaration ne peuvent lui échapper, lorsque la peine est en quelque sorte suspendue sur sa tête, semble une preuve supérieure à tous les indices et à tous les témoignages. La conscience publique proclame cette supériorité de l'aveu. Ne voit-on pas tous les jours les jurés s'enquérir avec anxiété si l'homme qu'ils ont condamné a avoué son crime? Et lorsqu'ils reçoivent une réponse affirmative, n'éprouvent-ils pas un soulagement bien sensible, ne sentent-ils pas s'évanouir le reste de doute qui subsistait encore au fond de leur esprit ?

Malheureusement il n'y a rien de certain sur la terre, en dehors des faits d'évidence immédiate. On a vu de tout temps des aveux mensongers. Ulpien (l. 1, § 27, ff., *de quæst.*) nous parle d'un esclave qui se déclara faussement coupable de meurtre, pour ne pas retomber au pouvoir de son maître. Aussi le même jurisconsulte nous apprend-il (*ib.*, § 17, *de quæst.*) qu'une constitution de Septime Sévère défendit de s'attacher à un aveu que rien ne viendrait appuyer : *confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.* On assure qu'en Chine il y a des personnes qui avouent pour autrui des délits légers, afin de subir la punition au lieu et place du véritable coupable, qui les indemnise ensuite largement. Au rapport d'anciens criminalistes (voyez Farinacius, quest. 81, n° 30), la crainte de la torture, plus forte que celle de la mort, porta quelquefois des innocents à se reconnaître sur-le-champ coupables de crimes capitaux. Ce danger n'est plus à craindre aujourd'hui. Mais une source d'aveux mensongers qui

pourrait se reproduire encore de nos jours, c'est le désir d'aller au-devant de sa perte par désespoir et par dégoût de la vie. Ce fut ainsi qu'un homme se déclara volontairement coupable d'avoir assassiné une veuve d'Issy, dont la disparition donnait lieu aux poursuites les plus actives; deux ans après son exécution, la veuve revint chez elle, et les juges qui avaient prononcé la condamnation furent décrétés d'ajournement par un arrêt du parlement de Paris du 22 novembre 1580. Il faut donc, avant d'accueillir l'aveu, rechercher avec soin : 1° si le fait est bien probable en lui-même; ainsi, dans l'espèce de la veuve d'Issy, il n'y avait pas de corps de délit constaté, et la base de l'accusation n'existait que dans la rumeur publique; 2° si une fausse déclaration n'a pas été amenée par quelque motif extraordinaire, que l'on pourra peut-être saisir en recherchant les antécédents de celui qui s'accuse ainsi lui-même : précaution qu'il importe surtout de ne pas négliger à notre époque, où le suicide se multiplie sous toutes les formes. En ce sens, l'ancien adage *nemo auditur perire volens* est parfaitement raisonnable.

257. Mais on a souvent abusé de cet adage. On a été jusqu'à prétendre que l'aveu, lors même qu'il n'avait rien de suspect ni d'invraisemblable, n'était pas une véritable preuve, et qu'il ne pouvait pas suffire pour motiver une condamnation, ou du moins une condamnation capitale. Ainsi l'ancienne jurisprudence, qui regardait le juge comme lié par la déposition de deux témoins conformes, ne lui permettait pas de se déclarer convaincu par la confession de l'accusé. Et ces deux décisions, bien qu'opposées dans leur tendance, se conçoivent dans un système qui pesait les témoignages au lieu de les compter. L'accusé était témoin dans sa propre cause; mais il était témoin unique, si d'autres dépositions ne venaient se joindre à la sienne; dès lors son aveu, quel-

que sincère et quelque précis qu'il fût, ne pouvait suffire. « La règle qui a lieu à l'égard de tous les crimes » publics, dit d'Aguesseau (lettre 199), c'est que la » seule confession du coupable ne suffit pas pour met- » tre la justice en état de le condamner, suivant cet » ancien axiome de la jurisprudence : *non auditur pe-* » *rire volens.* L'aveu de l'accusé est sans doute un grand » commencement de preuve; mais il faut nécessairement » que, pour achever sa conviction, on y joigne des preuves » qui ne dépendent pas de sa seule reconnaissance, sans » quoi il ne peut être regardé comme suffisamment con- » vaincu, ni par conséquent justement condamné. » Cette doctrine paraît avoir été puisée dans ce passage de Quintilien (Déclam. 314) : *Ea natura est omnis confessionis, ut possit videri demens qui de se confitetur.* Mais, indépendamment du peu d'autorité qu'ont en matière judiciaire les déclamations de Quintilien, véritables exercices d'école, il s'agit dans l'espèce d'un homme véritablement fou, qui s'accuse d'avoir tué son père, et il n'y a dès lors aucune conclusion à en tirer quant à la force de l'aveu en général. Au contraire, les textes de droit mettent l'aveu au nombre des preuves les plus convaincantes. C'est ainsi que Constantin (l. 16, Cod., *de pœn.*) donne à l'aveu la même foi qu'à la déposition de témoins concordants (voyez aussi Valent., l. 8, Cod., *ad leg Jul. de vi public.*). Quant à la constitution de Septime Sévère (l. 1, § 17, ff., *de quæst.*) que nous avons citée, et qui ne veut pas qu'on s'attache à l'aveu, *si nulla probatio religionem cognoscentis instruat,* on doit l'entendre, pour la concilier avec les autres textes, non d'autres preuves positives, mais simplement d'indices de nature à rendre l'aveu vraisemblable. Ce que cette constitution dit de l'aveu serait vrai, à plus forte raison, de toute autre preuve, et on ne saurait en induire, contrairement au sens commun, l'infériorité de ce genre de

démonstration. Il n'est pas infaillible, sans doute; mais on ne saurait le rejeter sans tomber dans un système de scepticisme qui serait essentiellement dangereux pour l'intérêt social. Le cri de la conscience explique la confession de l'accusé plus naturellement qu'un dérangement d'esprit, que l'on pourrait établir sans doute, mais qui ne doit pas se supposer. Les faux aveux seront toujours infiniment plus rares que les faux témoignages.

Aujourd'hui l'intime conviction, posée en principe par l'article 342 du Code d'instruction criminelle, peut se former et se formera tout aussi bien par suite de l'aveu que par d'autres voies. Mais, supposât-on par impossible l'existence d'une règle restrictive, cette restriction n'aurait pas de sanction au grand criminel, puisque le jury ne motive pas ses décisions. On a soutenu avec un peu plus de fondement, au petit criminel, là où les jugements sont motivés, que l'aveu, ne figurant pas au nombre des preuves énumérées par la loi (Inst. crim., art. 153 et 190), ne pouvait pas à lui seul justifier une condamnation. Mais doit-on supposer que le législateur, en indiquant les modes de vérification les plus usités dans les débats, ait entendu que la décision se réglerait uniquement d'après ces modes? Plusieurs arrêts de cassation, un notamment du 17 février 1837, ont jugé, en matière de contraventions, que l'aveu du prévenu pouvait suppléer aux procès-verbaux et aux dépositions des témoins. Toutefois un arrêt de la cour de Turin du 28 avril 1810 a annulé une condamnation correctionnelle, qui n'était fondée que sur un aveu. Mais un arrêt de rejet du 23 septembre 1837 décide que les mêmes règles s'appliquent aux jurés et aux juges, et qu'après tout, la violation de la maxime *nemo auditur perire volens*, maxime qui n'est consacrée par aucun texte légal, ne saurait donner lieu à un recours en cassation. Cette décision plus récente et émanée d'une au-

torité plus grave, peut s'appuyer spécialement sur l'article 190 du Code d'instruction, qui prescrit expressément l'interrogatoire du prévenu en police correctionnelle. Il y aurait un défaut d'harmonie choquant dans une législation qui serait plus difficile pour la preuve des délits que pour celle des crimes ou des contraventions.

258. Une question plus délicate est celle de savoir si, en matière d'adultère, l'aveu du complice de la femme peut motiver suffisamment une condamnation contre lui. En effet, l'article 338 du Code pénal n'admet d'autres preuves contre ce complice que le flagrant délit ou une correspondance dont il serait l'auteur. Un arrêt de la cour de Paris du 18 mars 1829 veut, par application de cet article, que les juges ne soient pas autorisés à condamner ce complice sur son aveu. Mais cet arrêt nous semble plus conforme à la lettre qu'à l'esprit de la loi. Quel a été en effet le but de la restriction établie par cet article 338? Écoutons l'orateur du corps législatif: « Il importait de » fixer la nature des preuves qui pourront être admises » pour établir une complicité que la malignité se plaît » trop souvent à chercher dans des indices frivoles, des » conjectures hasardées, ou des rapprochements fortuits. » Après les preuves de flagrant délit, de toutes les moins » équivoques, les tribunaux ne pourront admettre que » celles qui résulteraient des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu; c'est dans ces lettres en effet que » le séducteur dévoile sa passion, et laisse échapper son » secret. » Mais y a-t-il indice frivole, conjecture hasardée, rapprochement fortuit dans la confession bien précise, articulée en justice? En permettant de s'emparer de la correspondance du prévenu, pour s'en faire une arme contre lui, le Code pénal autorise la recherche d'un aveu tacite, qui pourrait être équivoque; car on a vu des amitiés exaltées emprunter le langage de la passion. Com-

ment aurait-il en même temps refusé toute foi à l'aveu exprès, s'attachant aux inductions puisées dans une déclaration extrajudiciaire, et repoussant la démonstration directe que fournit la confession judiciaire? Au lieu de prêter au législateur une pareille contradiction, n'est-il pas plus simple de s'attacher à l'intention qu'il a manifestement énoncée, de protéger le prévenu contre la malignité publique? Ne doit-on pas dès lors réserver l'exclusion de l'article 338 aux modes de preuves autres que le témoignage du prévenu lui-même, qui ne peut sérieusement se plaindre d'être condamné arbitrairement, quand il ne l'est que sur sa propre déposition[1]?

259. L'indivisibilité de l'aveu a-t-elle lieu en matière criminelle? Le motif principal sur lequel se fonde l'indivisibilité en matière civile, n'existe plus ici. On ne peut pas dire qu'il faille s'en rapporter entièrement à la bonne foi de celui contre qui on ne s'est pas procuré d'autres preuves, puisqu'il est clair qu'il n'a pas ordinairement dépendu du ministère public de constater l'infraction par un acte en bonne forme. Nulle obligation dès lors d'accepter dans son entier l'aveu que les criminalistes appellent *aveu qualifié*, c'est-à-dire dans lequel l'accusé modifie sa déclaration par l'addition de circonstances qui font disparaître, ou du moins qui atténuent sa culpabilité. Un arrêt de rejet du 23 juin 1837 reconnaît en effet au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la vraisemblance des circonstances ainsi ajoutées à l'aveu. Mais, pour que la confession du fait principal soit acquise au

[1] Un excès contraire à celui dans lequel tombent ceux qui ne considèrent l'aveu que comme une preuve imparfaite, c'est l'opinion qui l'estime nécessaire, pour qu'une condamnation capitale puisse être prononcée. Spon (*Histoire de Genève*, année 1502) parle d'un fameux voleur, « qui toujours échappa, parce qu'on ne condamnait personne, s'il n'avouait lui-même, et qu'il résistait à toutes les tortures. » Il est peu à craindre que ce système soit remis en honneur de nos jours.

ministère public, il faut que ce fait se détache bien des accessoires sur lesquels porte la controverse. Ainsi celui qui reconnaît avoir commis un meurtre, et qui ajoute qu'il ne l'a commis que dans un cas de nécessité, peut être condamné comme meurtrier, si cette nécessité n'est pas justifiée. Il en serait autrement, si la restriction portait sur les circonstances constitutives du délit, ou sur les circonstances aggravantes. Ainsi on ne pourrait condamner pour viol celui qui avouerait seulement des actes préparatoires, tels que des attouchements déshonnêtes; pour meurtre, celui qui avouerait seulement avoir blessé, etc. L'aveu ainsi qualifié n'est qu'un aveu partiel que l'accusation est obligée de compléter, en faisant la preuve des circonstances qui n'y sont pas comprises; car, s'il peut être permis de le diviser, il est toujours impossible d'y rien ajouter (voyez sur ce point les judicieuses observations de M. Mittermaier, dans son ouvrage sur la preuve en matière criminelle, § 36).

Quant à la spontanéité de l'aveu, elle se rattache précisément à la question de forme, à la procédure que nous allons aborder maintenant.

DEUXIÈME SECTION.

PROVOCATION DE L'AVEU.

260. L'aveu a une si haute importance qu'on ne doit pas attendre qu'il se produise de lui-même, ce qui sera toujours assez rare, mais bien chercher à l'amener, en interrogeant la partie. Rien de plus légitime que cet interrogatoire. Dans le type le plus simple de l'administration de la justice, dans la procédure domestique, n'est-ce pas au moyen de questions adressées aux personnes à qui tel ou tel fait est imputé, qu'on arrive souvent à la découverte de la vérité? En matière civile, deux voies peuvent être employées pour provoquer l'aveu : l'une secrète et embarrassée de prescriptions plus nuisibles qu'utiles, *l'interrogatoire sur faits et articles;* l'autre publique et dégagée de formes arbitraires, *la comparution des parties*. En matière criminelle, l'interrogatoire n'est pas tantôt secret, tantôt public, au choix du juge. Les deux modes sont employés successivement dans les diverses phases de l'instruction, ainsi que nous avons vu qu'on le faisait pour l'audition des témoins.

PREMIÈRE DIVISION.

PROVOCATION DE L'AVEU EN MATIÈRE CIVILE.

264. A Rome, les plaideurs étaient toujours interrogés publiquement en présence l'un de l'autre, soit que l'interrogation eût lieu *in jure*, devant le magistrat, pour éclaircir à l'avance le point litigieux, soit qu'il eût lieu *in judicio*, devant le juge, qui était spécialement chargé de recueillir la preuve des faits. La provocation de l'aveu n'était pas alors un incident, mais ressortait de la marche même de l'instance. Les parties, se trouvant toutes deux vis-à-vis du juge, étaient appelées naturellement à donner des renseignements sur les circonstances qu'il s'agissait de vérifier. Mais la comparution des parties est devenue extraordinaire, d'ordinaire qu'elle était dans l'origine, lorsque, la procédure ayant revêtu un caractère technique, les procureurs, aujourd'hui les avoués, ont été les représentants nécessaires des parties [1]. Toutefois nos

[1] Notre système de procédure française est loin d'être admis partout. En Prusse, un édit royal de 1793 a écarté les avocats et les avoués, pour établir une procédure *inquisitoriale*, où le juge recherche d'office la vérité, même en matière civile, les parties n'étant assistées que de *commissaires de justice*, qui sont une sorte de ministère public. Cette marche, bien différente de celle que l'on suivait à Rome, s'en rapproche en ce point que la comparution personnelle y est de droit. Aujourd'hui une loi du 1er juin 1837 prescrit pour les affaires sommaires, et permet dans tous les cas, la procédure *réquisitoriale*, où les parties peuvent se faire assister de défenseurs, et diriger elles-mêmes le procès. De même l'administration judiciaire prussienne, sous l'influence de M. de Savigny, tend à la publicité, que l'on vient d'essayer à Berlin. Mais le principe de la comparution personnelle n'est pas abandonné.

plus anciennes ordonnances, pour suppléer en quelque sorte à la présence des plaideurs, voulaient que leur foi fût engagée dans le litige. Enchérissant sur le serment *de calumniâ* imposé par Justinien (l. 2, Cod., *de jurej. propt. calumn.*) au demandeur et au défendeur, une ordonnance rendue par Louis XII en 1499 était ainsi conçue (art. 16) : « *Item* ordonnons qu'après que le deman- » deur aura posé et affirmé par serment aux saints évan- » giles qu'il croit le contenu en sa demande et écritures » être véritable, tant en nos cours de parlement que par- » devant nos juges royaux, le défendeur sera tenu de ré- » pondre, par *credit, vel non credit*, pertinemment, par son » serment aux évangiles, à chacun article des écritures du » demandeur. » Nous voyons même, par un arrêt du parlement de Paris du 10 mai 1535, qui condamna cet abus, qu'on s'était arrogé le droit de consigner le plaideur et de le garder à vue dans sa maison, jusqu'à ce qu'il eût fait ses réponses et ses serments. Cette intervention indirecte, imposée aux parties, n'éclaircissait rien, et n'était qu'une source de frais et de vexations. Aussi, sous François Ier, l'ordonnance de 1539 (art. 27) abrogea-t-elle les réponses *de credit, vel non credit* [1], pour y substituer l'interrogatoire sur faits et articles, purement facultatif. L'ordonnance de 1667, dégagea à son tour l'interrogatoire de deux entraves établies en 1539 : de la nécessité de répondre par oui ou par non, vestige de l'ordonnance de 1499, qui coupait court à tout éclaircissement utile ; et de l'amende de vingt livres pour chaque fait mensonger, amende dont l'application donnait lieu à une nouvelle procédure, portant sur la

[1] Ces expressions, ainsi que celle de *pareatis*, qui est encore mentionnée dans l'article 547 du Code de procédure, appartiennent à l'ancien style judiciaire, où l'on employait la langue latine. Ce fut la même ordonnance de 1539 qui prescrivit de rédiger les procédures civiles en *langage maternel français :* changement déjà introduit par Charles VIII en 1490 pour les procédures criminelles.

sincérité des réponses. Enfin le Code de procédure, en laissant subsister dans l'interrogatoire des vices graves, déjà signalés lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, a du moins supprimé le serment, qui paralysait la faculté de se défendre librement, en mettant l'interrogé dans la nécessité de trahir ses intérêts ou bien de commettre un parjure.

262. L'autre mode de provocation de l'aveu, la comparution des parties, bien plus simple, n'a été adopté que beaucoup plus récemment. Il n'était usité d'abord que devant les juridictions consulaires. Mais, *Dieu ayant béni la simplicité des juges-consuls*, suivant les expressions de M. Pussort lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, peu à peu la pratique introduisit devant les juges civils la même comparution, appelée quelquefois *comparution personnelle*, par opposition à la comparution fictive, qui a lieu par l'intermédiaire de l'avoué. Le Code de procédure autorise expressément cette comparution, dont nous ne parlerons qu'en second lieu, pour nous conformer à la marche historique de la législation.

I. Interrogatoire sur faits et articles.

263. Les parties peuvent, aux termes de l'article 324 du Code de procédure, en toutes matières et en tout état de cause, se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents. La loi dit *en toutes matières*, et par conséquent même en celles où l'aveu ne suffit pas, par exemple dans les questions de séparations de corps; l'interrogatoire offre toujours des renseignements précieux pour éclairer et pour compléter les témoignages. Il est bien entendu que l'interrogatoire est prohibé, lorsqu'il tendrait à une recherche prohibée elle-même par la loi,

par exemple à celle d'une filiation incestueuse ou adultérine. Les faits et articles doivent être pertinents : ce qui est de droit, sans doute, en toute matière, mais ce qu'il était bon de rappeler ici, afin d'écarter bien positivement les questions indiscrètes que le demandeur voudrait faire poser; ce qu'exprime surabondamment l'article lorsqu'il ajoute : *concernant seulement la matière dont est question.* Cette prescription est d'ailleurs comprise dans le principe général (voir n° 44), qui veut que les faits dont on demande à faire la preuve, soient concluants; le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si les questions proposées ont une portée sérieuse.

On tenait autrefois que l'interrogatoire ne pouvait être ordonné à l'occasion de faits qui seraient de nature à exposer celui qui les reconnaîtrait à des peines criminelles, ou même au déshonneur. Mais le serment qui était alors en usage, et qui mettait la partie interrogée dans l'alternative ou de commettre un parjure, ou de s'accuser elle-même, pouvait justifier cette restriction. Aujourd'hui ce motif n'existe plus. Dégagé de la contrainte morale du serment, le défendeur est parfaitement libre de faire des réponses évasives, quant aux points qui pourraient le compromettre; mais il ne peut empêcher que les questions ne lui soient posées. Plusieurs cours avaient demandé qu'il fût formellement exprimé que les faits ne seraient *ni calomnieux, ni captieux, ni préjudiciables aux parties, et ne pourraient tendre à découvrir leurs turpitudes.* Mais ces observations, souvenir d'un ordre de choses effacé, n'exercèrent aucune influence sur la décision du conseil d'État, qui n'inscrivit rien de semblable dans la loi. Un arrêt de la cour de Liége du 5 avril 1811 a permis d'interroger une partie sur des faits tendant à l'inculper d'usure.

264. Quant aux personnes qui peuvent être interrogées,

il est bien évident qu'on ne peut interroger que les parties. L'interrogatoire dirigé contre des tiers dégénérerait en enquête et devrait être soumis à d'autres formes. Mais peut-on faire interroger une personne qui serait intéressée dans la cause, sans y être directement partie? Cette question, qui s'agite surtout par rapport à la femme mariée, et sur laquelle la jurisprudence est partagée, nous semble ne pouvoir être résolue qu'au moyen d'une distinction. Si l'affaire concerne au fond la femme seule, par exemple s'il s'agit d'actions mobilières à elle appartenant, dont le mari a l'exercice, on doit pouvoir l'interroger; car il serait par trop singulier qu'on ne pût demander des éclaircissements à la véritable intéressée. Si, au contraire, l'affaire concerne la communauté, cette communauté est un être moral, qui a pour chef le mari, lequel a seul qualité pour ester en justice; la femme a bien un intérêt éventuel à la communauté, pour le cas où elle l'accepterait, mais elle est étrangère à tout ce qui regarde l'administration actuelle. Rebuffe (*Tract. de Resp.*, art. 4) veut qu'on puisse toujours s'adresser à la femme, *quia poterit uxor citius veritatem dicere quàm ejus maritus, qui fortè est procurator vel advocatus antiquus, qui non solent laqueis capi, sicut nec annosa vulpes.* Ce motif établit bien l'intérêt de l'adversaire à faire interroger la femme, mais nullement son droit, quand elle n'est pas partie au fond. Puisqu'il est constant qu'on ne peut actionner la femme pour les affaires de la communauté, comment serait-il possible de la soumettre, en cette occasion, à un interrogatoire sur faits et articles? On se demande également si le tuteur peut être interrogé sur des faits relatifs au patrimoine de son pupille. Il peut l'être pour le mobilier, à l'égard duquel il lui est loisible d'intenter toute espèce d'actions, mais non pour les immeubles, qu'il ne peut aliéner à lui seul ni directement, ni indirectement. Quant

au mineur lui-même, comme il est complétement incapable, ses réponses ne sauraient lui préjudicier, et dès lors tout interrogatoire sera superflu, à moins qu'il ne s'agisse de délits ou de quasi-délits (Code civil, art. 1310).

Le seul cas d'interrogatoire pour autrui prévu par le Code de procédure, c'est celui où il s'agit d'établissements publics. Ces établissements doivent déléguer un administrateur, auquel ils donnent un pouvoir spécial, dans lequel les réponses sont expliquées et affirmées véritables (Code de proc., art. 336). Mais il est évident qu'un pareil interrogatoire est dérisoire, puisque les réponses sont toutes tracées à l'avance, et l'on arriverait au but d'une manière plus simple, en se bornant à une signification d'écritures. Il est vrai que l'on peut aussi (même art. 336) interroger l'administrateur sur les faits qui lui sont personnels. Et même, avant l'ordonnance de 1667, il paraît que cette faculté dégénérait en abus, les aveux d'un agent imprudent ou corrompu pouvant compromettre l'établissement qui l'avait délégué. Aussi le président Lamoignon fit-il observer que, dans les communautés religieuses, on chargeait ordinairement de la procuration le plus jeune des chanoines ou des religieux, qui n'avait aucune connaissance des affaires. Pour obvier à cet inconvénient, on inséra dans la rédaction de l'ordonnance, à la demande du président, la restriction qui se retrouve au Code de procédure (*ib.*) *pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison.* Aujourd'hui on tient généralement que l'interrogatoire proprement dit n'ayant d'effet qu'en ce qui touche personnellement l'administrateur, la corporation ne peut être liée que par les réponses écrites émanées d'elle, et n'est pas dès lors soumise à un véritable interrogatoire.

265. Après avoir vu sur quels points peut porter l'interrogatoire, et quelles personnes peuvent être interro-

gées, voyons quelle est la marche tracée par la loi en cette matière.

266. On a toujours pensé qu'à la différence de ce qui se pratique pour l'enquête, un débat préalable ne devait pas avoir lieu ici relativement à l'admissibilité des faits. Autrement, il ne serait plus vrai de dire que l'interrogatoire a lieu *sans retard de l'instruction ni du jugement* (*ib.*, art. 324); les faits une fois signalés à l'avance, il ne serait plus loisible au demandeur de ne laisser à la partie adverse que vingt-quatre heures pour préparer ses réponses (*ib.*, art. 329), et ce délai déjà trop long, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, se trouverait indéfiniment prolongé. Aussi se contentait-on autrefois d'une simple ordonnance du président, qui appréciait le caractère des faits et nommait un juge-commissaire. Aujourd'hui (*ib.*, art. 325) l'interrogatoire est ordonné, toujours sur requête, mais par jugement rendu à l'audience. Cette innovation a induit en erreur certaines cours qui ont cru que le législateur avait voulu prescrire un véritable jugement interlocutoire, comme en matière d'enquête. Elles ont en conséquence autorisé à plaider sur l'admission de la requête, et à attaquer les décisions rendues à l'audience par la voie de l'opposition ou de l'appel (arrêts de Toulouse, du 5 mai 1829, et d'Angers, du 14 février 1835). Mais cette opinion, peu conforme à l'ensemble du Code de procédure, est de plus contredite formellement par l'article 79 du tarif, qui s'exprime ainsi sur la requête pour avoir permission de faire interroger sur faits et articles : « Cette requête ne sera point signi- » fiée ni la partie appelée avant le jugement qui admettra » ou rejettera la demande à fin de faire interroger : elle ne » sera notifiée qu'avec le jugement et l'ordonnance du » juge-commissaire pour faire subir l'interrogatoire. » Le mérite de la requête ne doit donc pas être débattu con-

tradictoirement, et il faut reconnaître avec la cour de Grenoble (arr. du 26 février 1831) et avec la cour de Paris (arr. du 11 janvier 1836 et du 18 décembre 1837), qu'il s'agit là d'un jugement *sui generis*, que le législateur lui-même qualifie d'*ordonnance* (Code de proc., art. 329), et qui correspond en effet à l'ordonnance qu'on obtenait jadis du président, sauf la substitution du tribunal tout entier à ce magistrat. Il ne peut donc y avoir ni débat contradictoire, ni opposition, ni appel; seulement la partie qui alléguerait que les faits ne sont pas pertinents pourrait, à ses risques et périls, refuser de répondre. On reviendrait devant le tribunal, et l'incident serait jugé avec le fond, sauf à attaquer le tout par les voies de recours légales. En matière sommaire, l'interrogatoire doit être demandé à l'audience, mais toujours sans discussion.

267. Le juge-commissaire fixe les jour et heure de l'interrogatoire. En cas d'empêchement légitime, il se transporte au lieu où la partie est retenue (*ib.*, art. 327 et 328). On signifie au défendeur, vingt-quatre heures au moins avant l'interrogatoire, la requête à fin de l'obtenir, l'ordonnance du tribunal qui l'autorise, et celle du juge-commissaire qui en règle l'ouverture. La requête comprend nécessairement les faits sur lesquels la partie doit être interrogée : communication vivement critiquée dès 1667 par le président Lamoignon, qui allégua l'usage de Normandie, contraire sur ce point à l'usage général. « D'ordinaire, dit-il, ceux qui sont interrogés con- » sultent bien moins leur conscience que le palais, sur ce » qu'ils ont à dire; ils apportent leurs réponses toutes » faites; de sorte que l'effet de leur interrogatoire n'est » que de transcrire des réponses, que la partie a déjà » elle-même rédigées par écrit [1]. L'on n'a point vu qu'un

[1] Le président suppose que la partie a appris par cœur les réponses qu'elle devait faire. Car déjà sous l'ordonnance (titre X, art. 6), comme

» homme préparé sur ce qu'il doit répondre ait jamais » perdu son procès par sa bouche. C'est bien souvent l'oc- » casion d'un parjure prémédité, qu'il serait beaucoup » meilleur de retrancher. Mais, au contraire, lorsqu'une » partie vient prêter l'interrogatoire sans avoir eu com- » munication des faits, il est difficile, quand ils sont bien » dressés, qu'elle ne tombe dans quelque contradiction, » lorsqu'elle veut déguiser la vérité. » La proposition du président n'ayant pas été admise, il réussit du moins à faire insérer dans l'ordonnance une disposition additionnelle, qui se trouve aujourd'hui dans l'article 333 du Code de procédure, et par laquelle le juge est autorisé à interroger d'office sur des faits non communiqués. Il est facile ainsi d'éluder la nécessité d'une communication préalable. Le demandeur n'insère dans la requête que des faits insignifiants, et fournit au juge-commissaire des notes à l'aide desquelles il pose d'office les questions les plus importantes. Mais, il faut en convenir, cette marche manque de franchise, et a de plus l'inconvénient de laisser trop de latitude au juge, qui peut fort bien, par scrupule ou autrement, se refuser à interroger ainsi à l'improviste sur les points les plus graves. Mieux vaudrait supprimer cette fâcheuse prescription, au lieu de chercher ainsi à l'atténuer indirectement. Ce qui rend le système du Code de procédure plus vicieux encore, c'est que la faculté de ne communiquer les faits que vingt-quatre heures à l'avance est rendue illusoire par l'article 331, qui permet au défaillant de se présenter ultérieurement, pourvu que ce soit avant le jugement définitif, à charge seulement de payer les frais occasionnés par son défaut. Ainsi il sera toujours facile de se ménager un temps considérable pour préparer ses réponses, et la loi se plaît

sous le Code de procédure (art. 333), il était défendu de lire aucun projet écrit.

pour ainsi dire à détruire elle-même le peu de garanties que cette procédure pouvait assurer au demandeur.

268. Un point non moins digne de critique, c'est la manière dont on procède à l'interrogatoire. Il est secret, et tous les reproches que l'on adresse à la clandestinité de l'audition des témoins au civil, ne sont pas moins fondés en ce qui touche la partie, que l'absence de publicité ne peut également qu'encourager à mentir avec plus de hardiesse. Bien plus, par inadvertance peut-être plutôt qu'à dessein, on n'a pas reproduit, au titre de l'interrogatoire sur faits et articles, la concession qui avait été faite en matière d'enquête, l'assistance des parties intéressées. L'article 333, en n'admettant pas la présence de celui qui a requis l'interrogatoire, a suivi une jurisprudence vicieuse, constante à Paris, mais repoussée dans d'autres ressorts, et que Dumoulin, lors d'un procès où il était personnellement intéressé, avait flétrie par ce mot célèbre : *et in hoc curia pessimè judicavit.* Le conseil d'État, lorsqu'il a élaboré les matériaux du Code de procédure, a été trop souvent sous l'influence de ce préjugé vulgaire qui regarde la procédure comme une affaire de pure pratique; il a trop négligé les lumières que pouvaient lui fournir l'ancienne doctrine ou même la simple raison, pour s'abandonner à une routine aveugle. Pourquoi donc la confrontation des parties en cause serait-elle moins utile au civil qu'au criminel?

269. Les réformes introduites dans cette partie se bornent à deux points : la dispense du serment, que nous avons déjà signalée, et la disposition de l'article 323, suivant laquelle, si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre, les faits *pourront être tenus pour avérés.* D'après l'ordonnance de 1667, les faits étaient nécessairement tenus pour avérés. Le président Lamoignon avait vivement critiqué cette rigueur qui, dans

certaines circonstances, dégénérait en injustice. Sur ce second point, comme en ce qui touche le serment, les rédacteurs du titre de l'interrogatoire ont eu égard aux observations de cet illustre magistrat, auquel aucun des vices de l'ancienne pratique ne semble avoir échappé. S'ils avaient également tenu compte de ses sages réflexions sur d'autres points, ils auraient établi un bien meilleur système.

270. Les vices de la marche consacrée par ce titre ont été énergiquement signalés dans le rapport de M. Bellot sur la loi de procédure de Genève : « Si jamais, dit-il, un » législateur se propose le problème du mode le plus sûr » de ne point atteindre la vérité, le Code de procédure » français lui en fournira la solution au titre de l'inter- » rogatoire sur faits et articles. Pour éviter à la partie » l'ennui de la publicité, l'embarras d'un contradicteur, » pour affaiblir les conséquences de ses tergiversations » et la honte du mensonge, pour lui fournir les moyens » de méditer à tête reposée, de calculer ses réponses, ce » Code exige qu'elle soit interrogée en secret, par un » seul juge, hors de la présence de son adversaire, et » que les faits sur lesquels l'interrogatoire a été requis, » lui soient communiqués vingt-quatre heures d'avance. » Faut-il s'étonner qu'avec d'aussi absurdes mesures, » nos avocats et nos juges n'aient jamais obtenu aucun » résultat de pareils interrogatoires? » Il y a de l'exagération dans ces reproches, fondés au fond. Je ne sais si, à Genève, les interrogatoires n'ont jamais été utiles; mais il est certain qu'en France, dans la jurisprudence ancienne et moderne, ils ont amené souvent d'importantes révélations. Ces effets se sont produits, il est vrai, non par la marche adoptée, mais malgré cette marche. Toujours est-il certain que l'interrogatoire mal organisé vaut encore mieux que l'absence de tout interrogatoire.

A Genève, l'interrogatoire non public n'est admis qu'au

cas d'empêchement légitime de la partie que l'on doit interroger. Mais alors il a lieu en présence de l'adversaire, et sans communication préalable des faits. Il est toutefois loisible au juge de ne pas admettre l'assistance de la partie adverse, s'il craint que cette assistance ne nuise à la manifestation de la vérité. Il serait presque aussi déraisonnable de toujours exiger sa présence que de l'écarter d'une manière absolue. Avec ces modifications, l'interrogatoire doit être admis comme mode spécial. Dans les cas ordinaires, on doit préférer la comparution personnelle, dont il nous reste à parler.

II. Comparution des parties.

271. Moins rigoureuse ici que pour l'administration de la preuve testimoniale, où la publicité est entièrement exclue en matière ordinaire, la loi permet aux juges qui veulent recueillir la vérité de la bouche des parties elles-mêmes, d'ordonner leur comparution à l'audience. Des magistrats éclairés prendront toujours ce parti, toutes les fois qu'il s'agira d'une de ces simples questions de fait, sur lesquelles les explications orales et contradictoires des intéressés jettent plus de jour que toutes les productions de pièces et que tous les plaidoyers. Les cas où la comparution peut être ordonnée sont les mêmes que ceux où l'interrogatoire peut l'être. Aussi la cour de cassation a-t-elle pensé (arr. de rejet du 11 janvier 1815) que le juge pouvait toujours, lorsqu'on lui demandait un interrogatoire, prescrire de préférence la comparution. Et la cour de Rennes, dans un arrêt du 15 août 1828, mal à propos critiqué par Carré, a décidé que la comparution était admissible, là où la preuve testimoniale ne saurait l'être. L'opinion contraire tendrait à confondre avec l'enquête les éclaircissements personnels donnés par les parties.

272. Quant à la forme, le Code de procédure (art. 119) se borne à dire que le jugement qui ordonne la comparution indiquera le jour où elle doit avoir lieu. On se demande si ce jugement est purement préparatoire. Les dispositions spéciales qui régissent l'interrogatoire sur lequel il est statué par une *ordonnance* du tribunal ne se trouvent pas reproduites ici, et il n'y a pas même raison pour statuer sur requête non communiquée, en matière de comparution, là où les questions à poser ne sont pas formulées à l'avance. Il faut donc décider d'après les principes généraux (Code de proc., art. 452) que le jugement dont parle l'article 119 sera ou non interlocutoire, suivant qu'il préjugera ou non le fond. Dans la plupart des cas sans doute, la comparution ne porte préjudice à aucun intérêt, puisqu'elle appelle également les deux parties à s'expliquer. Mais quelquefois l'admission de cette mesure, par exemple, lorsqu'on sollicite la main levée pure et simple de l'opposition formée contre un mariage (arr. de la cour de Rouen du 17 janv. 1821), peut causer un préjudice irréparable, le retard devenant fatal au mariage projeté ; alors la décision est évidemment interlocutoire.

En tout cas, le jugement, préparatoire ou interlocutoire, doit être signifié tant à l'avoué qu'à la partie, aux termes de l'article 147 du Code de procédure. Pour soutenir le contraire, du moins lorsque la comparution ne préjuge pas le fond, on a invoqué l'article 70 du tarif, suivant lequel les avoués sont tenus de se représenter au jour indiqué par les jugements préparatoires ou de remise, sans qu'il soit besoin d'aucune sommation; d'où l'on semble fondé à conclure que toute signification est superflue pour les avant-faire-droit qui ne sont que préparatoires. Mais il est constant qu'on doit signifier à avoué, aux termes de l'article 147, des jugements même préparatoires; ce que la loi décide elle-même (*ib.*, art. 95, 96) pour ceux qui ordonnent une instruction par écrit. Le tarif ne fait donc

pas allusion à toutes les décisions qui ne seraient pas interlocutoires, mais seulement aux actes préparatoires internes, si on peut s'exprimer ainsi, analogues aux simples remises, qu'il mentionne également; et par exemple au jugement qui ordonne un délibéré, jugement qu'il est expressément interdit de lever (*ib.*, art. 93, 94). Il n'y a aucune analogie entre un jugement de cette nature, et celui qui ordonne la comparution, laquelle exige des diligences personnelles de la partie même. Ces diligences emportent obligation de signifier à partie (*ib.*, art. 147). Or on peut bien quelquefois signifier à avoué seulement, mais la signification qui se fait *en outre* à la partie, suppose toujours évidemment une signification à avoué.

273. Aucune forme n'est tracée pour la constatation des dires des comparants. La loi ne prescrivant pas de dresser un procès-verbal spécial, ce procès-verbal ne passerait pas en taxe, et en conséquence on n'en dresse pas dans la pratique [1]. Il faudra donc, dans la rédaction même du jugement, reproduire les déclarations qui auront été faites devant le tribunal; autrement il arriverait ce qui est arrivé devant une cour royale (Amiens, 14 juillet 1828), qu'on se trouverait dans la nécessité, sur l'appel, d'ordonner de nouveau la comparution, par cela seul que la première audition des parties n'aurait pas laissé de traces.

274. Le défaut de la partie appelée à comparaître peut autoriser le juge à tenir pour avérés les faits allégués, comme en matière d'interrogatoire (Code de proc., art. 330). L'application d'une disposition purement facultative doit être admise sans difficulté (arr. de rejet du 15 février 1812, et de la cour de Rennes du 15 août 1828).

[1] La comparution des parties s'est glissée en quelque sorte dans la rédaction du Code de procédure, comme elle s'était insinuée jadis dans la pratique. Elle n'a pas attiré l'attention du législateur, qui l'a admise sans songer à bien l'organiser.

DEUXIÈME DIVISION.

PROVOCATION DE L'AVEU EN MATIÈRE CRIMINELLE.

275. Le pouvoir d'interroger les parties, qu'on ne conteste pas au juge en matière civile, lui est au contraire positivement refusé par certains systèmes d'instruction criminelle. Dans les pays où l'accusation est abandonnée aux parties lésées, on laisse l'accusateur et l'accusé se débattre, comme en champ clos ; c'est à eux à fournir respectivement la preuve de l'affirmative et de la négative qu'ils soutiennent ; le juge, impassible sur son siége, jusqu'au moment où il prononce la sentence, ne fait personnellement aucun effort, aucune démarche pour amener la découverte de la vérité. Telle était à Rome l'ancienne procédure des *publica judicia*, qu'ils eussent lieu devant des *judices* analogues à nos jurés, ou bien devant l'assemblée du peuple. Il y avait de part et d'autre plaidoirie, production de pièces et de témoins ; mais l'accusé n'était pas soumis à un interrogatoire de la part de ses juges. Telle est encore la tendance de la procédure anglaise, qui se retrouve, avec peu de modifications, aux États-Unis. On peut bien adresser des questions à l'accusé, lors des premières poursuites qui ont lieu devant les juges de paix, du moins quand il s'agit de *félonie*, c'est-à-dire d'un crime grave, en vertu de deux statuts de Philippe et de Marie ; mais jamais, une fois les débats ouverts aux assises, on ne se permet de lui adresser aucune interprétation. Seulement, avant de commencer l'examen, on lui demande s'il veut plaider *guilty or*

not guilty, comme coupable ou comme non coupable. L'aveu fait volontairement à cette époque rend inutile tout débat sur le fait, et on procède de suite à l'application de la peine, que la sincérité de l'accusé rend habituellement plus modérée. Mais si, dans le cours de la procédure, il lui échappe un aveu, bien que non provoqué, le président, au lieu de s'empresser de le recueillir, avertit charitablement l'accusé des conséquences de ses paroles, et l'engage en quelque sorte à les rétracter, avant qu'il en soit dressé procès-verbal [1]. Lorsque l'accusé a avoué lors de l'ouverture des débats, on ne s'occupe plus de la preuve du fait, on le regarde comme parfaitement constaté; ce qui n'a pas lieu dans les systèmes d'instruction qui reposent sur un autre principe. Il semble pourtant contradictoire, au premier coup d'œil, d'attacher une telle importance à l'aveu, lorsqu'on ne s'efforce nullement de le provoquer. Mais c'est toujours la conséquence de la même idée, de l'impassibilité du juge. Dès que l'accusé s'avoue vaincu, l'accusateur n'a plus rien à faire; et le juge n'a pas plus mission de défendre l'accusé, quand il abandonne lui-même sa cause, qu'il n'avait mission d'appuyer l'accusateur. Ce système applique purement et simplement, en matière pénale, ces principes du droit civil, que c'est au demandeur à faire la preuve, et que, lorsque le dé-

[1] Un prêtre catholique a dû la vie, dans le dernier siècle, à cette règle de la jurisprudence anglaise, qui n'autorise pas l'interrogation. Il fut accusé d'avoir célébré la messe en Angleterre: fait encore puni de mort d'après les lois existantes, bien que l'opinion commençât à se soulever contre elles. Les témoins furent entendus, le fait fut prouvé, et l'accusateur jouissait déjà de son triomphe; mais à sa grande surprise et à la satisfaction générale du public, l'accusé fut absous, attendu qu'on avait bien prouvé qu'il avait dit la messe, mais qu'on n'avait pas prouvé qu'il fût prêtre, ce dont on n'aurait pu s'assurer qu'en l'interrogeant. On voit néanmoins qu'il faut supposer des lois atroces pour qu'un pareil résultat soit désirable. Sous l'empire de lois justes, ce qui fut alors un triomphe pour l'humanité devient un déplorable scandale.

fendeur avoue, il n'y a plus de débat possible sur le fait.

On procède tout autrement dans le système *inquisitorial*, où l'autorité publique recherche d'office les délits les plus graves, au lieu d'en abandonner la poursuite à la diligence des particuliers. Il ne s'agit plus alors d'un combat singulier entre l'accusation et la défense, qui semble reproduire, au sein même des institutions judiciaires, les anciennes guerres privées. Le pouvoir social ne se contente plus d'intervenir ; il dirige la procédure. Cette marche entraîne deux conséquences diamétralement opposées à ce qui se passait dans le premier système. D'une part, le juge, dont le rôle n'est plus simplement passif, s'efforce de provoquer l'aveu, qui est habituellement la meilleure preuve de la culpabilité. Mais, d'autre part, on ne regarde pas la condamnation comme forcée, par cela seul qu'il y a un aveu. Le but qu'on se propose n'étant pas de statuer sur des prétentions opposées, mais d'arriver à la vérité, on doit examiner, avant de condamner, si les circonstances que l'on peut connaître d'ailleurs rendent l'aveu vraisemblable.

276. La tendance inquisitoriale commença à se manifester dans le dernier état de la jurisprudence criminelle à Rome, quand les magistrats connurent eux-mêmes des accusations renvoyées autrefois devant le peuple ou devant des *judices*. Marcien nous apprend (l. 6, § 1, ff. *de cust. reor.*) que, dès le temps d'Antonin le Pieux, il y avait des officiers spéciaux, appelés *irenarchæ* [1], pour lesquels un édit de cet empereur prescrit *ut, cum apprehenderint latrones, interrogent eos de sociis et receptatoribus, et*

[1] C'est-à-dire gardiens de la paix (εἰρήνην ἄρχοντας). On voit que la dénomination de *juge de paix* n'est pas aussi moderne qu'on le croit généralement. Les *irenarchæ* se rapprochent des juges de paix d'Angleterre,

interrogationes cum litteris inclusas atque obsignatas ad cognitionem magistratus mittant. Le même texte appelle *quæstio seu inquisitio* la procédure dirigée par le magistrat. Nous voyons l'interrogatoire jouer un grand rôle dans les procédures qui précédèrent le martyre des chrétiens, et même dans la passion de Jésus-Christ, telle qu'elle nous est racontée par les évangélistes [1]. L'existence de poursuites d'office, à côté des accusations privées, se trouve clairement démontrée par ces mots adressés par Trajan à Pline le Jeune, dans sa fameuse lettre relative aux chrétiens (*Lettres de Pline,* liv. 10, lett. 98) : *conquirendi non sunt; si deferantur et arguantur, puniendi sunt.*

Lorsque le christianisme sortit vainqueur des persécutions, il exerça à son tour une puissante influence sur la législation criminelle, il ne put que fortifier cette tendance à la provocation de l'aveu, puisque la confession fut élevée par l'Église à la dignité de sacrement. On dut redoubler d'efforts pour obtenir une déclaration sincère, qui était à la fois une preuve grave pour le juge, et l'acquittement d'une obligation de conscience pour l'accusé. Quelquefois même, sous l'influence de cette idée, le Saint-Office, dont les rigueurs ont flétri le nom d'*inquisition*, pardonna à l'aveu accompagné de repentir : indulgence dont on trouve peu d'exemples dans les juridictions laïques. Sans aller aussi loin que les cours ecclésiastiques, les tribunaux de l'Europe continentale attachèrent un grand prix à la condamnation de l'accusé par sa propre bouche. Malheureusement le désir d'obtenir l'aveu, louable en lui-même, fut poussé jusqu'au fanatisme, et la torture, ce déplorable legs fait par l'antiquité à la jurisprudence du moyen âge, ne fut acceptée par celle-ci qu'avec

[1] *Ecce ego, coram vobis interrogans,* dit Pilate (Saint-Luc, ch. 23, vers. 14), *nullam causam inveni in homine isto, in his in quibus eum accusatis,*

trop d'empressement. A la honte de notre civilisation, qui se prétend ancienne, et qui, sous ce rapport, n'est sortie que d'hier des ténèbres de la barbarie, cet effroyable abus n'a été aboli en Europe qu'à la fin du dernier siècle[1]. Ces excès ont amené une réaction contre le système inquisitorial, qui n'a plus été considéré par beaucoup d'esprits que comme un abus de pouvoir, une vexation intolérable. Les doutes soulevés par les publicistes du dernier siècle sur la force légale de l'aveu et sur la légitimité de l'interrogatoire, s'expliquent par la juste horreur qu'inspiraient les procédés employés pour arracher un aveu. En Angleterre, où l'opinion publique repoussa énergiquement la torture, qui y avait été usitée quelque temps sous le règne d'Élisabeth, c'est la même réaction contre les abus des justices continentales qui a établi et maintenu jusqu'à nos jours le système qui attribue au pouvoir social un rôle purement passif dans la plupart des accusations.

277. Aujourd'hui que ces atrocités ont disparu, du moins dans tous les pays sur lesquels la civilisation européenne a étendu son empire, les meilleurs publicistes reconnaissent la supériorité du système inquisitorial. La marche dans laquelle le juge s'emploie activement pour la recherche de la vérité, est évidemment bien supérieure à celle où il se contente d'assister à la lutte des passions et des intérêts opposés. Bentham (*Preuves judiciaires*; liv. VII, chap. XI) répond fort heureusement à Beccaria, qui prétend que l'interrogatoire est contraire à l'humanité, en ce qu'il exige d'un homme qu'il soit son propre

[1] En France, la *question préparatoire*, qui avait pour but de suppléer à l'insuffisance des preuves en extorquant l'aveu de la culpabilité du patient, a été abolie par Louis XVI, le 24 août 1780. La *question préalable*, à laquelle on appliquait les condamnés à mort, afin de leur faire révéler leurs complices, ne l'a été que par un décret de l'assemblée constituante du 9 octobre 1789.

accusateur : « D'autres vous diront, dit le publiciste anglais, que l'interrogatoire personnel n'est pas une manière de procéder généreuse : c'est prendre un homme » à son désavantage. Il est dans une situation malheureuse : le juge doit être son ami plutôt que son ennemi, » et il est beau de ne pas même se prévaloir de ce qui » pourrait lui échapper à son préjudice. On serait tenté » de croire que ces notions ont été puisées dans les maximes d'honneur des combats singuliers. Il est contre les » règles de presser un adversaire qu'un accident a mis » hors d'état de résister; il est contre les règles de battre » un ennemi à terre : il faut lui donner une autre lance, » et lui permettre de se relever... Le juge le plus sensible » et le plus humain ne doit être ni l'ami ni l'ennemi du » prévenu : il n'est que l'ami de la vérité et des lois. Il ne » cherche ni un innocent ni un coupable; il veut trouver » ce qui est. » Ces dernières paroles définissent bien la véritable nature du système inquisitorial.

Mais, sans parler de la torture, dont il ne peut plus être question aujourd'hui, il y a, dans l'application de ce système, un excès qu'il importe d'éviter. Tel qu'il est pratiqué dans le droit commun allemand, peu éloigné de notre ancienne jurisprudence, le système inquisitorial suppose l'action exclusive et isolée du juge, sans aucune discussion publique. Il est vrai que la chaleur des débats a quelquefois nui à la manifestation de la vérité, et qu'on a vu l'éloquence des avocats soustraire à l'échafaud de grands coupables. Mais, en voulant supprimer les passions, on supprime du même coup le mouvement et la vie, et pour vouloir atteindre trop directement le but, on s'en écarte, puisqu'on se prive volontairement de certains moyens qui peuvent servir à la manifestation de la vérité. Un tribunal qui, comme le faisait souvent l'aréopage à Athènes, siégerait de nuit, ce qui est l'idéal du système,

en se dérobant ainsi à toute impression personnelle, mutilerait l'instruction judiciaire, sous prétexte de l'épurer[1]. Il est inutile d'ajouter une considération, qui ne saurait échapper à personne, l'utilité de la publicité comme garantie contre les vexations et contre les condamnations précipitées.

Notre Code d'instruction criminelle, en maintenant le principe inquisitorial dans ce qu'il a de juste et de salutaire, a su en éviter les excès. Avec l'ancienne jurisprudence et avec le droit commun allemand, il admet une instruction préparatoire, conduite secrètement par le juge. Mais il emprunte au système d'accusation de Rome et de l'Angleterre la publicité des débats définitifs, en y confiant toutefois l'accusation à un ministère public, et en y faisant dominer l'intervention active du magistrat, qui est l'âme du système inquisitorial. Cette heureuse combinaison concilie la protection qui est due à l'intérêt social avec les garanties que réclame la sûreté individuelle. Le juge étant toujours appelé à jouer un rôle actif dans le procès, l'interrogatoire est toujours admis chez nous. De même que l'audition des témoins, il a lieu, d'abord en secret, puis en public. En le suivant dans ses diverses phases, nous ne nous attacherons qu'à la procédure établie en matière de grand criminel, l'interrogatoire n'offrant aucun caractère particulier en matière de police correctionnelle et de simple police.

§ 1. Interrogatoire lors de l'instruction préparatoire.

278. D'après le Code d'instruction criminelle, qui a

[1] La salle où siégeaient les *inquisiteurs d'État*, que l'on m'a montrée à Venise dans le Palais-Ducal, est disposée de manière à ce que les juges ne puissent voir l'accusé. C'est la procédure secrète portée au dernier

été fidèle sous ce rapport aux traditions de l'ancienne jurisprudence, c'est le juge d'instruction qui est chargé d'interroger le prévenu. Le procureur du roi, dont les fonctions normales consistent à activer la procédure par ses réquisitions, mais non à la diriger, ne doit procéder à l'interrogatoire que dans des cas exceptionnels (Code d'instr. crim., art. 40). Et dans les cas mêmes où le procureur du roi est appelé à faire, soit personnellement, soit par l'organe de ses officiers de police auxiliaires, les premiers actes d'instruction, ces actes doivent toujours être transmis au juge, qui peut les refaire, s'il l'estime convenable (*Ib.*, art. 60).

279. L'ordonnance de 1539, article 146, voulait que les prévenus fussent *bien et diligemment interrogés..... pour trouver la vérité des crimes, délits et excès, par la bouche des accusés, si faire se peut*. Le but qu'on se propose étant de découvrir la vérité, cette mesure est exigée autant dans l'intérêt de la justification des innocents que dans celui de la découverte des coupables : « C'est particulièrement dans l'interrogatoire, » disait le président Lamoignon dans les conférences sur l'ordonnance de 1670, « que l'accusé peut employer les moyens naturels de sa défense, et que le juge, par sa prudence et par son autorité, peut découvrir la vérité et pénétrer dans les déguisements d'un criminel. » Aussi l'ordonnance de 1670 exigeait-elle (titre 14, art. 1er) que les prévenus pour crimes fussent interrogés dans les vingt-quatre heures. Cette règle, souvent violée autrefois, n'est pas non plus toujours exactement observée aujourd'hui dans l'hypothèse où elle est reproduite chez nous, c'est-à-dire lorsqu'il y a mandat d'amener, mandat que le juge d'instruction doit décerner, soit lorsqu'il s'agit d'un crime,

point de perfection. Cette salle n'est plus heureusement aujourd'hui qu'un souvenir historique, ainsi que les *plombs* et les *puits* de Venise.

soit lorsque l'inculpé n'est pas domicilié[1]. Dans les cas moins graves, où le juge ne décerne qu'un mandat de comparution, comme il n'a aucun droit de retenir celui qu'il a fait venir devant lui, l'interrogatoire doit se faire immédiatement. (Code d'instr. crim., art. 93). Du reste, bien que l'interrogatoire ne soit pas expressément prescrit par la loi à peine de nullité, il est considéré comme une forme substantielle de la procédure (*ib.*, art. 103), et une instruction ne peut être close sans que l'inculpé ait été mis, par un mandat, en demeure de s'expliquer sur les faits qui lui sont imputés (arr. de cassat. du 6 novembre 1834 et du 12 février 1835).

280. Malgré l'importance que nos lois modernes ont attachée à l'interrogatoire préalable, elles ont négligé d'en tracer les formes; et on est obligé de se reporter, en ce qui touche cette matière, au titre 14 de l'ordonnance de 1670, en tant que les dispositions de ce titre sont compatibles avec l'organisation actuelle de la justice, et n'ont pas été abrogées par le décret du 9 octobre 1789, qui a consacré certaines réformes relativement à l'interrogatoire. Jetons un coup d'œil sur celles de ces dispositions qui offrent le plus d'intérêt.

281. Le juge était tenu de vaquer en personne à l'interrogatoire, qui ne pouvait en aucun cas être fait par le greffier (Ord. de 1670, tit. 14, art. 2). L'ordonnance prononçait la nullité de l'interrogatoire fait par le greffier, et une amende de cinq cents livres, tant contre le greffier que contre le juge. La première de ces sanctions est la seule qu'il soit permis d'appliquer aujourd'hui.

L'interrogatoire devait avoir lieu en justice, et non

[1] Un projet de loi, voté par la chambre des députés en 1842, et actuellement soumis de nouveau au pouvoir législatif, permet de ne décerner qu'un mandat de comparution, même s'il s'agit de crime, pourvu que l'inculpé soit domicilié.

dans la maison du juge (*ib.*, art. 14). Il doit en être encore ainsi maintenant. L'article 1040 du Code de procédure veut que tous actes et procès-verbaux du ministère du juge soient faits au lieu où siége le tribunal. Il y a identité de motifs en matière criminelle.

282. Les accusés devaient être interrogés séparément, sans assistance d'autre personne que du juge et du greffier (*ib.*, art. 6). La pratique est constante en ce sens. L'assemblée constituante, en établissant la publicité des débats au criminel, a reconnu bien formellement l'utilité de maintenir le secret de l'instruction préparatoire. L'accusé, sauf permission extraordinaire du juge d'instruction, n'est autorisé à communiquer avec un conseil, qu'après sa translation dans la maison de justice du lieu où se tient la cour d'assises (Code d'inst. crim., art. 294, 302). Le ministère public lui-même ne doit pas assister à l'interrogatoire. Puisque le prévenu n'a pas encore de défenseur, on doit écarter également l'organe de l'accusation. Si donc l'article 94 du Code d'instruction dit que le juge décerne le mandat d'arrêt, après avoir entendu les prévenus et *le procureur du roi ouï*, cela ne doit pas s'entendre dans le sens d'une audition simultanée du ministère public et des prévenus, mais bien dans le sens de la succession de deux actes : d'abord l'interrogatoire, puis les réquisitions du ministère public à fin de mandat d'arrêt.

283. On appliquera de même la disposition de l'ordonnance (même titre, art. 11), qui prescrivait de donner un interprète aux étrangers qui n'entendaient pas la langue française, et celle qui ordonnait de lire et de faire signer à l'accusé son interrogatoire (*ib.*, art. 13), ainsi que la loi le prescrit expressément pour les témoins (Code d'inst. crim., art. 76). Mais il en est autrement du serment qui était exigé avant l'interrogatoire (Ord., même titre,

art. 7). Cette exigence odieuse avait été puisée à une digne source, à un *directoire des inquisiteurs*, publié en 1360. Critiquée par les esprits les plus éminents, au seizième siècle par le fameux criminaliste Julius Clarus, l'un des premiers dignitaires du sénat de Milan, sous Philippe II[1]; au dix-septième siècle par le président Lamoignon, dont les développements sur cette question, lors de la rédaction de l'ordonnance, ne laissent rien à désirer; enfin au dix-huitième siècle, par les nombreux publicistes qui battirent en brèche les abus de notre vieille procédure; elle a été enfin abolie par l'article 12 du décret du 9 octobre 1789. Ici notre législation criminelle est parfaitement en harmonie avec la législation civile, qui, comme nous l'avons vu, a supprimé également le serment qui précédait autrefois l'interrogatoire sur faits et articles.

284. Aujourd'hui, comme sous l'ordonnance (même tit., art. 15), l'interrogatoire peut être réitéré. Il convient même en général, avant de clore l'instruction, de procéder à un interrogatoire final. On ne peut qu'applaudir à ce que dit à ce sujet une circulaire du procureur général d'Orléans, du 21 mars 1836 : « J'ai remarqué dans les pro- » cédures criminelles, que messieurs les juges d'instruc- » tion se contentent souvent de faire subir à l'inculpé un » seul interrogatoire, qui a lieu immédiatement après l'ar- » restation, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, à l'ou- » verture même de la procédure. Cet interrogatoire ne » saurait suffire; car il n'est pas possible, à ce premier » moment, de mettre l'inculpé en demeure de s'expliquer » sur l'ensemble des charges, qui le plus souvent ne sont » recueillies, au moins d'une manière parfaitement régu- » lière, que par des auditions postérieures de témoins.

[1] *Mihi certe hæc practica nunquam placuit, quia est manifesta occasio perjurii.*

» Il importe donc qu'indépendamment de ce premier in-» terrogatoire et de ceux qui peuvent avoir paru néces-» saires dans le cours des procédures, l'inculpé subisse » un *interrogatoire final,* lorsque l'information est entière-» ment terminée. Dans ce dernier interrogatoire, les ma-» gistrats peuvent facilement interpeller l'accusé sur la » totalité des charges, et le mettre en demeure de se jus-» tifier sur chacune d'elles, soit par ses explications, soit » par l'indication de nouveaux témoins. Au moyen de » cette précaution, les magistrats de la chambre du conseil » et de la chambre d'accusation seront certains d'avoir » sous les yeux un système complet de défense à côté du » système de la poursuite; et ils pourront ainsi, mais » ainsi seulement, statuer en suffisante connaissance de » cause. »

285. Enfin, outre l'interrogatoire ou les interrogatoires subis devant le juge d'instruction, l'accusé doit encore être interrogé secrètement par le président de la cour d'assises ou par un juge délégué, vingt-quatre heures après son arrivée dans la maison de justice du lieu où doivent se tenir les assises (Code d'inst. crim., art. 293). Du reste, l'observation de ce délai de vingt-quatre heures, ainsi que celle de beaucoup de délais semblables dans nos lois, n'a pour sanction que le zèle et la conscience des magistrats (arr. de rejet du 16 octobre 1839). Le but principal de cet interrogatoire est d'inviter l'accusé à se choisir un défenseur, et de l'avertir qu'il a cinq jours pour attaquer l'arrêt de renvoi rendu par la chambre des mises en accusation (*ib.*, art. 294 et 296). Les débats ne pouvant s'ouvrir, tant que le sort de cet arrêt demeure en suspens, il y aura nécessairement cinq jours au moins d'intervalle entre l'interrogatoire et l'ouverture des débats. La loi prescrit de dresser un procès-verbal, où l'on constatera l'accomplissement de ces formalités, et les dé-

clarations de l'accusé, s'il y a lieu (*ib.*, art. 291). Mais il est assez rare que des révélations soient faites ainsi devant le président de la cour d'assises.

§ 2. Interrogatoire lors des débats.

286. Il est chez nous de l'essence de l'instruction criminelle que l'accusé soit invité à donner des explications verbales ; mais on n'emploie aucun moyen de contrainte pour l'obliger à répondre aux interpellations qui lui sont faites. Le refus de répondre peut sans doute être interprété défavorablement pour l'accusé, mais il ne donne lieu à aucune mesure spéciale pour punir son opiniâtreté. On ne considère plus aujourd'hui, comme sous l'ordonnance de 1670 (tit. 18, art. 8), celui qui refuse de répondre après trois interpellations comme *muet volontaire*, et comme privé en conséquence de la faculté de revenir ultérieurement sur les points à l'égard desquels il n'a pas voulu s'expliquer. Le droit de défense est considéré avec raison comme imprescriptible, tant qu'il n'est pas intervenu de condamnation.

287. L'accusé comparaît devant la cour d'assises libre (Code d'inst. crim., art. 310), en ce sens du moins qu'aucun lien ne doit comprimer ses membres. La contrainte physique, en réagissant sur ses dispositions morales, nuirait à la liberté de la défense. Il faut donc s'en abstenir, quand elle n'est pas nécessaire, et il suffit dès lors habituellement qu'il soit accompagné de gardes pour l'empêcher de s'évader. Mais on a jugé que le président chargé de la police de l'audience avait le pouvoir d'employer toutes voies de contrainte, que le bon ordre et la sûreté des assistants rendraient indispensables, dût-il faire mettre des menottes à l'accusé (arr. de rejet du 7 oct. 1830).

288. Avant d'ouvrir les débats, le président demande

à l'accusé son nom, ses prénoms, son âge, sa profession, sa demeure, et le lieu de sa naissance (même art. 310). Ce n'est point là l'interrogatoire proprement dit, mais simplement un moyen de constater l'identité. L'interrogatoire sérieux, qui est la partie essentielle des débats, ne peut avoir lieu qu'après l'installation du jury, la lecture de l'arrêt de renvoi et de l'acte d'accusation, et l'appel des témoins.

289. S'il y a plusieurs accusés, le président détermine ceux qui doivent être soumis les premiers aux débats, en commençant par le principal accusé, s'il y en a un (*ib.*, art. 334). La détermination de cet ordre peut sans doute avoir une grande influence sur la direction des débats. Mais apprécier quel est le principal accusé, c'est se livrer à un examen qui est tout entier de fait. Comment la cour de cassation pourrait-elle, sans entrer dans un ordre d'attributions qui lui est tout à fait étranger, annuler l'instruction à raison de la décision qu'aurait prise le président sur ce point? On a donc reconnu que cette règle, malgré son utilité, devait être entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire, et échappait par sa nature même au contrôle de la cour de cassation (arrêts de rejet du 3 mai 1834 et du 3 déc. 1836).

Le président peut du reste, lorsqu'il craint que la présence de certains accusés n'exerce une influence fâcheuse sur les réponses de leurs coaccusés, ordonner que quelques-uns d'entre eux soient interrogés séparément, sauf à avertir ceux que l'on aurait fait provisoirement retirer de ce qui se serait passé en leur absence. Cette mesure n'est indiquée par la loi qu'à l'occasion de la déposition des témoins (*ib.*, art. 327), dont il peut être essentiel d'isoler les accusés. Mais il y a absolument même raison, en ce qui touche l'examen séparé de chaque accusé; les coaccusés sont respectivement témoins les uns à l'égard

des autres. Après tout, l'*affrontation* des accusés entre eux, aussi bien que leur *confrontation* avec les témoins, n'ont d'importance qu'en tant qu'elles tendent à la manifestation de la vérité; et ne pas admettre des exceptions nécessaires dans l'intérêt même de cette manifestation, ce serait sacrifier le but au moyen.

290. Quant à la manière dont l'interrogatoire doit être dirigé, la loi s'en remet à la sagesse du magistrat qui préside aux débats. Elle prescrit seulement de représenter à l'accusé toutes les pièces relatives au délit et pouvant servir à conviction, et de l'interpeller de déclarer s'il les reconnaît (*ib.*, art. 329). La présence des objets mêmes qui ont servi aux crimes, ou des dépouilles de la victime, peut agir sur sa conscience et amener une révélation. S'il ne sait pas le français, on lui donne un interprète, ainsi qu'on le fait pour les témoins (*ib.*, art. 332). La même assistance est nécessaire au sourd-muet (*ib.*, art. 333). Enfin il est évident que, si les témoins ne doivent lire aucun projet écrit (*ib.*, art. 317), il doit en être de même à plus forte raison de l'accusé, chez qui l'interrogatoire doit éveiller des souvenirs tout personnels. Mais il ne faut pas confondre avec les réponses rédigées celles que donne immédiatement par écrit à l'audience le sourd-muet qui sait écrire (*ib.*, art. 333), réponses qui, pour n'être pas verbales, n'en sont pas moins directes et spontanées. La loi a raison de préférer ces réponses faites par écrit, lorsqu'on peut les obtenir, au langage par gestes, dont l'interprétation peut quelquefois n'être pas parfaitement exacte. Et au cas où un étranger saurait le français, sans pouvoir le parler, nous inclinerions à lui appliquer également la faculté de répondre par écrit. Il importe d'éviter l'emploi des intermédiaires, de mettre l'accusé en rapport immédiat avec ses juges.

293. Disons un mot du caractère général que doit avoir

l'interrogatoire, soit secret, soit public. Le juge qui le dirige doit sans doute le conduire avec habileté, afin d'amener insensiblement un aveu que l'accusé n'avait pas l'intention de faire, mais qui résulte forcément des circonstances successivement établies contre lui. Mais cette habileté ne doit pas dégénérer en dol. On doit proscrire ces questions captieuses, équivoques, qui font dire à l'accusé le contraire de ce qu'il voulait dire. Il n'y a plus d'aveu, dès que la déclaration faite en justice n'est plus l'expression libre de la pensée de l'interrogé. Tendre des piéges à un accusé, c'est organiser contre lui une véritable torture morale. Certaines législations, comme la loi pénale de Bavière (art. 267, n° 4), annulent l'aveu obtenu à la suite de questions captieuses. Mais cette nullité est d'une application difficile. Quelle est la limite où s'arrêtent les questions licites, et où commencent les questions captieuses? Le seul remède véritablement efficace contre ce danger se trouve dans la publicité de l'interrogatoire, et dans l'assistance d'un défenseur aux débats. Si on se plaint quelquefois, à tort ou à raison, de la manière dont l'interrogatoire a été conduit par le juge d'instruction, les mêmes plaintes ne peuvent s'élever quant aux débats, où tout se passe à la face du public, où toute latitude est laissée à la défense; et ce n'est que sur les débats que doit se former la conviction du jury.

Nous terminerons en faisant observer que, si la législation moderne n'a pas permis que la déclaration de l'accusé eût pour sanction le serment, on doit encore moins admettre qu'aucune pénalité puisse atteindre celui qui n'a trahi la vérité que pour se soustraire à un grave péril. Aussi un arrêt de cassation du 22 pluviôse an XI a-t-il décidé que les déclarations mensongères faites par une personne dans sa propre cause ne pouvaient constituer le crime de faux témoignage.

DEUXIÈME SORTE D'AVEU.

AVEU TACITE. — SERMENT DÉCISOIRE.

294. La conduite d'une partie peut être telle qu'elle implique reconnaissance du fait allégué contre elle, bien qu'il n'y ait pas aveu formel de sa part. L'appréciation des circonstances de cette nature est complétement abandonnée au juge en matière criminelle. La plus décisive de ces circonstances, le silence opiniâtre de l'accusé en présence des accusations les plus graves, peut lui nuire sans doute, mais n'a contre lui aucun effet absolu. Nous l'avons déjà dit, les rigueurs exercées jadis contre le *muet volontaire* n'existent plus dans le droit actuel, et le juge devra suppléer les moyens de défense de celui-là même qui aurait complétement renoncé à se défendre. L'aveu tacite ne saurait avoir une force qui est refusée à l'aveu formel. Cette doctrine est du moins incontestable dans le système inquisitorial, qui a prévalu chez nous, quant à l'instruction criminelle. Au civil, au contraire, où la procédure est ordinairement *réquisitoriale*, le juge n'est pas forcé de défendre la partie qui abandonne elle-même sa cause, et la loi peut très-bien voir dans cet abandon un aveu tacite.

295. Quelquefois le législateur laisse au juge la faculté de tenir les faits pour avérés, par cela seul que le défendeur [1] n'a pas voulu se prêter à la mesure exigée de lui;

[1] Il s'agit du défendeur à l'incident, qui pourrait bien être le demandeur primitif. Ainsi, quand je vous poursuis en vertu d'une pièce, et que

et nous avons vu en effet que le Code de procédure (art. 330) n'allait pas plus loin en ce qui touche l'interrogatoire sur faits et articles. Mais dans plusieurs autres hypothèses, le refus de contredire les allégations de l'adversaire est considéré comme une confession, que les juges ne sont pas libres d'admettre ou de rejeter. Nous verrons qu'il en est ainsi dans la vérification d'écritures; l'écrit, sur la sincérité duquel le porteur ne veut pas s'expliquer, est tenu pour reconnu (même Code, art. 194). Le cas le plus remarquable peut-être d'aveu tacite, est celui qui résulte du refus de prêter ou de référer le serment décisoire. Aussi la délation du serment a-t-elle toujours été rapprochée de l'interrogatoire, avec lequel elle a une grande affinité, puisqu'elle tend également, bien que d'une manière plus solennelle, à en appeler à la conscience de l'adversaire.

296. Mais, avant de parler spécialement du serment décisoire, donnons quelques notions préliminaires sur le serment en général.

Le serment est l'attestation de la divinité à l'appui d'une déclaration de l'homme. Ce témoignage de la croyance des peuples à une justice suprême se retrouve dans tous les pays et dans tous les temps. Pythagore prétendait même que le monde devait son origine à un serment que Dieu lui-même aurait prêté de toute éternité, et dont la création serait l'accomplissement [1]. Malheureusement aussi de tout temps on a abusé du serment, et l'appel à la divinité est devenu une nouvelle arme pour la fraude. C'est ce qui explique pourquoi l'Évangile est

vous l'arguez de fausseté, je joue dans cette procédure incidente le rôle de défendeur.

[1] On sent bien que cette explication, comme la plupart de celles que donne la philosophie sur le mystérieux problème de l'origine du monde, est plus obscure que le fait même à expliquer.

loin d'être favorable à l'emploi du serment : *Ego autem dico vobis non jurare omnino... sit autem sermo vester : Est, est : non, non : quod autem his abundantius est, a malo est* (S. Math., ch. V, vers. 34 et 37). Mais cette prescription a été bien mal observée. L'influence du christianisme sur la législation romaine ne fit qu'y multiplier les serments; on sait combien ils sont prodigués dans les constitutions de Justinien ; et les peuples modernes ont eu aussi beaucoup trop fréquemment recours à cette garantie, qui perd toute son efficacité, lorsqu'elle devient banale et pour ainsi dire de style.

297. Suivant que la déclaration de l'homme porte sur le passé ou sur l'avenir, le serment est *affirmatif* ou *promissoire*. Nous ne devons nous occuper ici que du serment affirmatif. Si le serment promissoire peut rentrer dans notre sujet, c'est lorsqu'il se rattache à l'administration de la preuve. Ainsi nous avons spécialement signalé (n°s 73, 181 et 228) celui que prêtent les experts et les témoins. Ce que nous allons dire quant à la forme du serment affirmatif est directement applicable à la forme du serment promissoire. Quant au fond, il est évident que le serment promissoire ne tend à rien prouver, mais seulement à contracter un engagement pour l'avenir, engagement qui n'a généralement d'importance dans notre droit qu'en tant qu'il s'agit de l'exercice de certaines fonctions [1].

[1] A Rome, le serment promissoire, ajouté à des conventions ordinaires, excluait la restitntion en entier pour les mineurs de vingt-cinq ans. *Neque perfidiæ, neque perjurii auctorem me tibi futurum sperare debuisti*, répond Alexandre Sévère (l. 1, Cod., *si adv. vend.*), dans une espèce de cette nature. C'était aussi par le serment que les affranchis s'obligeaient à rendre certains services à leurs patrons. Au moyen âge, le serment ajouté à la déclaration contenue dans un acte entraînait la juridiction ecclésiastique. Aujourd'hui le serment promissoire n'a aucun effet dans le droit privé. On en trouve cependant une application dans l'article 603 du Code civil, leqnel astreint l'usufruitier qui ne peut fournir une véritable caution, à se cautionner lui-même

298. Le serment affirmatif peut être déféré par l'une des parties à l'autre, ou bien par le juge à celle des parties qu'il estime la plus digne de foi. Dans le premier cas, on le nomme *décisoire*, parce que la délation du serment suffit à elle seule pour terminer le procès. Dans le second cas, on le nomme *supplétoire*, parce que le serment déféré par le juge ne fait que compléter une preuve préexistante. Nous ne traiterons maintenant que du s - ment décisoire, lequel se rattache à l'aveu, comme émanant le plus souvent [1] de la partie qui a intérêt à nier les faits en litige. Nous rattacherons au contraire au troisième mode de preuve orale, à la déclaration du demandeur, le serment supplétoire, qui a un caractère à part, puisqu'il est fréquemment déféré au demandeur même, appelé à rendre témoignage dans son propre intérêt.

La délation du serment, à la différence de l'interrogatoire, n'étant usitée qu'au civil, ce sera sur les matières civiles exclusivement que porteront nos développements en cette partie. Nous expliquerons seulement ensuite pourquoi les peuples modernes ont rejeté en matière criminelle le serment décisoire.

par son serment (*caution juratoire*), lorsqu'on lui abandonne certains meubles pour son usage personnel.

[1] Nous disons, *le plus souvent*. Ce sera en effet presque toujours le demandeur, quant à l'objet principal du litige, ou le défendeur, devenu demandeur, quant à ses moyens de défense, qui sommera de jurer l'adversaire intéressé à nier. Toutefois le contraire pourrait avoir lieu. Celui qui ne fait que se défendre pourrait, pour couper court au procès, déférer le serment au demandeur. Mais cela arrivera rarement; car il faudra être bien mal conseillé pour fournir à son adversaire un moyen si facile de triompher.

PREMIÈRE SECTION.

EMPLOI DU SERMENT DÉCISOIRE AU CIVIL.

299. Le serment décisoire offert et accepté constitue une véritable transaction ; *speciem transactionis continet*, dit Paul (l. 2, ff., *de jurej.*). Mais ce genre de transaction se distingue des transactions ordinaires, en ce qu'il y a obligation pour la partie à qui je propose de m'en rapporter à sa foi, d'accepter mon offre, ou d'avouer la justice de mes prétentions. Nous parlerons successivement de la délation du serment, du mode de prestation du serment, et de l'effet du serment prêté; enfin nous traiterons de l'aveu tacite, qu'emporte le refus de le prêter ou de le référer.

§ 1. Délation du serment.

300. Le serment, comme l'interrogatoire, ne prête nullement à l'arbitraire et à la fraude, de la part de celui qui y a recours, puisqu'il s'adresse au défendeur lui-même, appelé à décider dans sa propre cause. Aussi le Code civil (art. 1358) veut-il que le serment décisoire puisse être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, c'est-à-dire en matière réelle ou personnelle, et quelle que soit la valeur du litige (*ib.*, art. 1360).

Mais la disposition de l'article 1358 n'est pas absolue; autrement elle détruirait toute l'économie de notre droit. Ainsi celui qui a en sa faveur une preuve légale, comme celle qui résulte d'un acte authentique, ne saurait être as-

treint à jurer que sa prétention est fondée, sauf à l'adversaire à s'inscrire en faux, et à déférer alors le serment dans cette procédure, s'il le juge à propos. Ce qui est encore moins douteux, c'est que, dans les matières où l'aveu ne fait pas preuve, comme dans les questions de séparations entre époux (Code de proc., art. 870), il n'est pas permis davantage de faire dépendre l'issue du procès d'une prestation de serment. Mais faut-il en dire autant dans les questions d'état proprement dites, en ce qui concerne la filiation ? La loi, il est vrai, ne défend pas expressément la transaction dans ces matières, comme elle la défend dans celles qui ont trait à l'état des époux. Mais des intérêts non moins graves se rattachent à la filiation, il importe que la vérité soit mise au jour, et c'est avec raison que la jurisprudence a décidé (arr. de cassat. du 12 juin 1838 et du 27 février 1839) qu'on ne pouvait transiger sur des réclamations qui sont déclarées non susceptibles de compromis (Code de proc., art. 1004), et même imprescriptibles (Code civ., art. 328). Dès lors le serment décisoire ne peut être déféré sur la paternité, ni même sur la maternité, bien que l'affirmative, sur ce dernier point, ait été admise par la cour de Rennes, le 16 décembre 1836. L'espèce était cependant bien défavorable, puisqu'il s'agissait de déférer le serment à une demoiselle, sur la question de savoir si elle était mère de tel enfant naturel. La forcer ainsi à jurer, sans avoir contre elle aucun commencement de preuve par écrit, c'était violer l'article 341, qui ne permet pas d'attaquer ainsi brusquement l'honneur d'une fille ou d'une veuve. Le pourvoi contre l'arrêt fut admis par la chambre des requêtes; mais la demanderesse en cassation, fatiguée des lenteurs judiciaires, termina le procès en prêtant le serment exigé d'elle. Toutefois il n'est guère permis de croire, d'après l'esprit de la jurisprudence de la cour de cassation, qu'un arrêt aussi

scandaleux eût été impunément déféré à la chambre civile.

Enfin il n'est pas toujours possible de déférer le serment contrairement à une présomption légale. Nous examinerons, en traitant de ces présomptions, la question délicate qui s'élève sur l'admissibilité de l'aveu ou du serment, quand il s'agit de les combattre (Code civ., art. 1352).

301. La loi consacre elle-même une exception importante au principe que le serment peut être déféré sur toute espèce de contestation. Cette délation est, comme l'interrogatoire, un appel à la conscience de la partie à laquelle on s'adresse. Or cet appel ne peut être sérieux qu'autant qu'il s'agit d'un fait personnel à cette partie (*ib.*, art. 1359). Aussi disait-on à Rome (Paul, Sent. II, tit. I, § 4) : *Heredi ejus cum quo contractum est, jusjurandum deferri non potest; quoniam contractum ignorare potest.* Seulement on peut déférer aux héritiers le serment de *crédibilité*, c'est-à-dire leur demander de jurer qu'ils n'ont pas connaissance de tel ou tel fait de leur auteur. Ainsi, lorsqu'ils invoquent une prescription courte, le créancier peut exiger d'eux une déclaration assermentée, qui porte, non sur l'origine de la dette, fait qui ne leur est pas personnel, mais sur le point de savoir s'ils n'ont aucune connaissance d'une dette contractée par leur auteur (Code civ., art. 2276). Mais on ne pourrait se contenter, pour un fait personnel, de prêter le serment de crédibilité. Ce n'est pas qu'il ne puisse nous arriver d'oublier des faits dans lesquels nous avons été nous-mêmes acteurs; mais cet oubli est peu probable, lorsqu'il s'agit de circonstances importantes, qui ont dû fixer notre attention. Aussi déciderait-on chez nous, ce qu'a décidé la cour de Bruxelles le 22 avril 1819, qu'il y a insuffisance dans le serment d'un brasseur qui affirme qu'il *ignore avoir distillé* contrairement aux règlements.

302. Du reste, quand le Code civil dit que le serment

peut être déféré, ce n'est pas aux juges, mais aux parties qu'il entend attribuer une faculté. C'est donc bien mal à propos qu'un arrêt de rejet du 23 avril 1829 a reconnu aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, pour autoriser ou refuser cette délation. On a toujours vu dans le serment décisoire une ressource extrême, qui doit être accordée au demandeur dénué de toute autre preuve, lorsque aucun texte ou aucune règle de droit ne s'y oppose. Il n'y a aucun bon motif pour le priver arbitrairement de cette ressource; c'est lui, après tout, qui est le meilleur juge de ce que son intérêt lui prescrit. Mais c'est avec raison qu'on a refusé d'autoriser le serment dans une espèce où les faits sur lesquels on voulait le déférer n'étaient pas concluants (arr. de rejet du 6 mai 1834). Lorsqu'on parle de *toute espèce de contestation,* on entend toute contestation susceptible de mener à un résultat sérieux.

303. La délation de serment ne produit d'effets légaux vis-à-vis de l'adversaire qu'autant qu'elle a lieu en justice. Nul n'est forcé d'accéder à une transaction extrajudiciaire. Et cela est vrai, alors même que les parties se trouvent devant le juge de paix siégeant en bureau de conciliation. Il est vrai que le Code de procédure (art. 55) veut que, si l'une des parties défère le serment à l'autre, le juge de paix le reçoive ou fasse mention du refus de le prêter. Mais il n'y a rien là qui suppose nécessairement l'obligation de jurer sur la réquisition de l'adversaire. Si le serment est prêté volontairement, le juge de paix en donne acte, comme tout officier public donnerait acte d'un serment prêté devant lui, par suite d'un accord qui tient lieu de loi aux parties (Code civ., art. 1134). Quant au refus de prêter serment, on prescrit bien d'en faire mention, mais on ne dit pas que ce refus doive être décisif contre la partie qui n'a pas voulu jurer. La mention sera seulement transmise au tribunal saisi de l'affaire, qui

pourra tirer de la conduite de cette partie des inductions plus ou moins défavorables contre elle. Mais, ainsi que nous le verrons, la force de simples présomptions est bien loin d'être la même que celle de l'aveu judiciaire.

304. Pour pouvoir déférer le serment, il faut être capable de transiger sur le litige. Ce serait sortir de notre sujet que d'examiner jusqu'à quel point il peut être déféré par un tuteur, par un créancier solidaire, par un mandataire en général. Ce sont là de pures questions de capacité, peu difficiles en elles-mêmes, et dont l'examen n'a aucun trait à la théorie des preuves, puisqu'il gît tout entier dans le fond du droit. Les principes généraux sur les transactions supposent également que la délation n'est pas le résultat du dol, de la violence, ou de l'erreur. Autrement, il serait permis de revenir, non sur le serment prêté, qui est en lui même inattaquable, mais sur la convention par suite de laquelle il a été prêté. C'est ce qui est clairement établi par Pothier (*Obligations*, n° 919), et ce qui ne fait guère de doute, du moins en ce qui concerne les causes ordinaires de nullité des conventions. Mais la question acquiert une tout autre gravité, quand on n'attaque l'accord qu'on a proposé à la partie adverse que pour des causes toutes spéciales aux transactions, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un titre nouvellement découvert, qui constate l'absence de tout droit chez la partie qui a juré (Code civ., art. 2057). Si on s'attache à l'idée que déférer le serment c'est transiger, on sera porté à décider que la découverte du titre inconnu doit faire tomber la transaction, comme se trouvant dépourvue de cause. Mais on peut répondre que, quelque exacte que soit en théorie l'assimilation du serment décisoire et de la transaction, ce n'est là qu'un point de doctrine qui ne se trouve nullement formulé dans la loi. Et comme, après

tout, il y a quelque chose de plus grave à revenir sur la convention intervenue entre les parties, lorsqu'il s'agit d'établir un parjure, il semble difficile de transporter dans une autre matière la disposition favorable, mais exorbitante, de l'article 2057 du Code civil. Il en serait autrement, s'il s'agissait d'une pièce décisive retenue par le fait de l'adversaire; il y aurait alors un dol qui rentrerait dans les causes ordinaires de nullité, et ce n'est en effet que dans cette dernière hypothèse que Pothier (*ib.*, nos 916 et 919) permet de revenir sur la délation du serment, à raison d'un titre recouvré.

305. On ne peut déférer le serment, comme on adresse l'interrogatoire, à un être moral, tel qu'un établissement public. L'être moral en lui-même ne peut être considéré comme ayant une conscience. Quant à l'agent, il ne peut pas plus par un serment que par un aveu (Code de proc., art. 336) compromettre les intérêts qui lui sont confiés. Il n'est pas interdit sans doute (*ib.*, même art.) de lui déférer le serment sur des faits personnels; mais le refus qu'il ferait de le prêter lui nuirait à lui-même, s'il se trouvait personnellement en cause, mais ne saurait nuire au corps qu'il représente.

§ 2. Prestation du serment.

306. Le serment déféré peut être immédiatement accepté et prêté, sans qu'il s'élève aucune difficulté. L'intervention du juge n'est alors nécessaire que pour donner acte du serment, et pour en tirer les conséquences légales dans le jugement qui termine l'instance. Si, au contraire, le droit de déférer le serment est contesté au demandeur, il faut que le tribunal prononce, par une décision interlocutoire, sur l'admissibilité de ce mode de preuve. C'est en vue de cette hypothèse (du moins en ce qui touche le

serment décisoire) que l'article 120 du Code de procédure veut qu'un jugement ordonne le serment et énonce les faits sur lesquels il sera reçu. Régulièrement il faudrait ensuite un second jugement sur le fond de la contestation. Mais souvent, dans la pratique, pour ne pas multiplier les frais, on rend un seul jugement, dans lequel on prononce à l'avance la condamnation de la partie qui ne prêterait pas le serment à elle déféré; car, s'il est prêté, il faudra bien toujours en donner acte. En tout cas, puisque la prestation du serment est un fait personnel à la partie interpellée, le jugement qui l'autorise doit, comme celui qui ordonne un interrogatoire, et pour les mêmes motifs, être signifié tant à avoué qu'à partie (Code de proc., art. 147).

307. La partie prête serment en personne à l'audience, s'il n'y a empêchement légitime : cas auquel le serment aurait lieu à son domicile, en présence d'un juge délégué. L'article 173 de la loi de procédure de Genève a introduit en cette matière une notable amélioration. Le président en audience publique expose nettement à la partie les faits sur lesquels le serment lui est déféré; il lui rappelle les peines contre le parjure; et la prestation du serment est renvoyée à une audience subséquente, si les circonstances n'exigent pas qu'elle ait lieu immédiatement. Ce mode appelle la partie à la réflexion, et ne la place point brusquement entre sa conscience et la crainte de rétracter des assertions précédentes. Il n'y aurait qu'avantage à introduire ce renvoi dans notre pratique, qui admet tant de lenteurs bien moins motivées.

308. La forme du serment, tel qu'il est usité dans la jurisprudence moderne, est extrêmement simple. Elle consiste à jurer que telle ou telle assertion est fondée, en levant la main : formalité rappelée spécialement par la loi en ce qui touche le serment des jurés (Code d'inst.

crim., art. 312), mais qui doit être généralisée [1]. Autrefois le serment était plus compliqué; il comprenait deux parties : l'une, l'invocation, par laquelle on prenait Dieu à témoin; l'autre, l'imprécation, par laquelle on le priait de venger le parjure, si on n'avait pas dit la vérité. Beaucoup d'anciens auteurs regardaient l'imprécation comme étant de l'essence du serment, et la loi de procédure de Genève (art. 172), s'attachant à cette idée, veut que le président ajoute, après que la partie a juré : *que Dieu, témoin de votre serment, vous punisse, si vous êtes parjure!* Mais l'utilité d'une pareille addition nous paraît douteuse. L'invocation de la divinité contient bien virtuellement l'appel de la vengeance divine sur la tête du parjure; autrement cette invocation serait vide de sens. Or on conçoit bien que des esprits corrompus, mais faibles, reculent quelquefois devant un mensonge, lorsqu'il s'agit de le confirmer par serment [2], mais la distinction casuistique entre l'invocation simple et l'invocation accompagnée d'imprécation, nous semble trop subtile pour faire impression sur beaucoup de consciences. Cet appel solennel à la vengeance de la divinité ne diminuerait pas les parjures, mais ne ferait que les rendre plus scandaleux, en les faisant ressortir davantage, notamment en ce qui touche le serment politique.

L'appel à la conscience du plaideur ne sera que plus

[1] Le cérémonial du serment a varié suivant les temps et suivant les lieux. Mais l'usage de lever la main droite, généralement en vigueur aujourd'hui, remonte à la plus haute antiquité. On le retrouve dans la plus ancienne formule de serment qui nous ait été transmise : *Levo manum meam*, dit Abraham (Genèse, ch. IV, vers. 22), *ad Dominum Deum excelsum, possessorem cœli et terræ.*

[2] On peut consulter sur ce point la curieuse dissertation de M. Berriat-Saint-Prix sur le serment judiciaire (*Rev. de Legisl. et de Jurispr.*, tome VIII, pag. 268 et 269). On y trouvera des exemples frappants de l'importance attachée au serment par des gens du peuple, qui se permettaient sans scrupule de fausses déclarations non assermentées.

efficace, si on s'attache aux formes du culte qu'il professe. *Divus Pius*, dit Ulpien (l. 5, § 1, ff., *de jurej.*), *jurejurando, quod propriâ superstitione juratum est, standum rescripsit.* Aussi a-t-on reconnu, et ce point est aujourd'hui hors de doute, que le serment prêté volontairement suivant les formes solennelles et compliquées du rite hébraïque pouvait parfaitement remplacer le serment ordinaire. Mais, quand un juif demande à prêter serment en la forme commune, peut-on l'astreindre à recourir aux solennités religieuses de son culte? On l'a décidé quelquefois, dans la crainte que des esprits accoutumés à un appareil imposant ne regardassent pas comme suffisamment sérieuses les formalités plus simples de notre pratique judiciaire. Une lettre du ministre de la justice du 28 novembre 1806 avait même ordonné d'exécuter la loi en ce sens. Mais depuis, la jurisprudence de la cour de cassation (arr. de rejet du 19 mai 1826, du 10 et du 12 juillet 1828) a consacré formellement le principe qu'on ne pouvait astreindre personne à jurer suivant un mode dont il n'est fait aucune mention dans nos lois. En écartant toutes les formes spéciales, qui supposaient la croyance à tel ou tel culte, comme le serment prêté sur la Bible, le législateur a manifesté l'intention d'établir une règle commune à tous les hommes qui croyaient à la divinité, de quelque manière qu'ils l'adorassent. Supposer que cette règle ne convient pas en ce qui touche tel ou tel plaideur, ce n'est plus appliquer la loi, c'est la refaire. Toutefois les sectaires, tels que les *quakers,* qui regardent le serment comme illicite, seront admis, comme ils le sont aujourd'hui généralement en Europe, à affirmer en leur âme et conscience (arr. de rejet du 28 mars 1810). Cette solution n'est pas en opposition avec la précédente. Car autre chose est d'interdire à une personne l'usage de la formule légale, lorsqu'elle en requiert l'application;

autre chose est d'y suppléer par des équivalents, lorsqu'il faudrait violenter les consciences pour en exiger l'emploi.

Tout ce que nous venons de dire de la forme du serment s'applique également au serment supplétoire, à celui que prêtent les témoins, les jurés, etc.

§ 3. Effet de la prestation.

309. Le serment une fois prêté, en supposant valable la transaction à laquelle il se rattache, termine irrévocablement la contestation. L'effet du serment, comme l'effet de l'aveu à l'égard des tiers, par exemple dans les rapports du débiteur et de la caution, des cocréanciers, des codébiteurs solidaires entre eux (Code civ., art. 1365), rentre dans la théorie plus générale de l'effet des jugements à l'égard des tiers. Nous poserons les principes les plus importants sur ce point, quand nous serons arrivés au siége de la matière, à la présomption qu'entraîne l'autorité de la chose jugée.

310. Le serment est indivisible comme l'aveu, ainsi que l'a décidé un arrêt de cassation du 18 janvier 1813. Il faudra donc appliquer à la déclaration assermentée ce que nous avons dit de l'aveu ordinaire. Seulement la question d'indivisibilité s'élèvera plus rarement en ce qui touche le serment, qui est habituellement déféré sur un fait unique.

311. On considère souvent, dans la jurisprudence, comme ayant prêté serment celui qui a été prévenu par la mort ou par quelque accident, lorsqu'il était sur le point de le prêter (arr. de la cour de Douai du 26 mai 1814, et de la cour d'Aix du 13 août 1829). Cette décision n'est pas rigoureusement exacte. La loi dit bien que la partie qui a déféré le serment ne peut plus se rétracter,

lorsque l'adversaire a déclaré qu'il était prêt à jurer (Code civ., art. 1364); mais il ne s'ensuit pas que le serment soit par cela seul censé prêté. Qui sait si la partie, qui, dans le premier moment, ne reculait pas devant le parjure, n'eût pas été arrêtée par sa conscience au moment décisif? On ne peut donc pas dire que la condition ait été accomplie; tout ce que l'on doit admettre, c'est que, si la prestation de serment n'a été retardée que par les manœuvres de l'adversaire, on le supposera intervenu (*ib.*, art. 1178).

312. Il a été reconnu de tout temps qu'on n'était pas recevable en principe à prouver la fausseté du serment prêté : *non illud quæritur an pecunia debeatur, sed an juraverit* (Instit., § 11, *de action.*). Cependant Justinien, tranchant une question controversée, voulut, du moins en matière de legs et de fidéicommis, que si le parjure était démontré, il ne profitât pas à celui qui s'en était rendu coupable (l. ult., Cod., *de reb. cred. et jurej.*). Aucune exception de cette nature ne se trouve reproduite par le Code civil, qui refuse d'une manière générale (art. 1363) la faculté d'attaquer le serment. Mais certains auteurs, tout en convenant que le débat ne peut plus être renouvelé devant la même juridiction, pensent qu'il n'est pas interdit de se porter partie civile au criminel, si le parjure est poursuivi par le ministère public. Cette opinion ne paraît pas fondée; car, lors de la discussion du Code pénal, il fut question précisément du danger de cette intervention de la partie, au mépris de la foi de la transaction, et on argumenta de ce danger pour demander la suppression de la disposition qui punit le parjure de la dégradation civique [1] (Code pén., art. 366).

[1] La peine du parjure a beaucoup varié. Il était puni par les Capitulaires de la perte de la main droite, et dans notre ancienne jurisprudence d'une peine arbitraire, qui était souvent l'amende. La législation inter-

Mais on répondit que l'on n'avait nullement entendu déroger aux règles du Code civil : « Cette disposition, » dit l'exposé des motifs au corps législatif, « ne saurait » détruire ou changer l'article 1363 du Code Napoléon, » qui porte que, lorsque le serment déféré ou référé aura » été fait, l'adversaire n'est pas recevable à en prouver la » fausseté..... Tel n'est pas et ne saurait être le but et le » sens de la disposition qui vous est proposée; elle n'ouvre » aucune nouvelle action au condamné; le Code Napoléon » a irrévocablement réglé tout ce qui était relatif aux in- » térêts privés et à la partie civile ; c'est le ministère pu- » blic qui pourra, dans le seul intérêt de la société, » poursuivre le parjure. » En présence d'une déclaration aussi formelle, il est difficile de ne pas reconnaître que l'article 1363 du Code civil domine toutes les juridictions, et qu'on n'a voulu laisser aucun moyen direct ou indirect de revenir sur le serment offert à l'adversaire.

313. On se demande toutefois si le ministère public, seul recevable, d'après l'intention du législateur, à poursuivre le parjure devant la cour d'assises, pourra prouver la fausseté du serment, en établissant par tous les moyens possibles que l'allégation appuyée par ce serment était mensongère, lors même qu'il s'agirait d'une valeur de plus de cent cinquante francs. La cour de cassation a d'abord jugé la négative par deux arrêts de cassation du 5 septembre 1812 et du 17 juin 1813, en se fondant sur ce principe, aujourd'hui constant dans sa jurisprudence, et qui nous a paru parfaitement exact, que les règles sur la preuve, telles qu'elles sont posées par le Code civil, sont applicables à toutes les juridictions. Dès lors, a-t-on

médiaire l'avait laissé impuni. Enfin, la peine infamante dont il a été frappé en 1808, peut dans ces cas comme dans les autres, depuis 1832, être accompagnée d'un emprisonnement. (Code pén., nouv. art. 35.)

dit, une créance d'une valeur supérieure au taux légal, qui n'est prouvée que par témoins, n'est pas légalement prouvée. Le ministère public ne saurait établir le parjure à l'aide de preuves réputées insuffisantes. Ces considérations seraient décisives, si l'action du ministère public devait ici, comme en toute autre matière, avoir de l'influence sur les intérêts civils. Et c'était dans cette pensée que la commission du corps législatif demandait la suppression de l'article 366 du Code pénal, comme offrant à la partie civile un moyen indirect d'éluder les lois sur la preuve testimoniale. Mais on a répondu à cette objection, ainsi qu'à celle tirée de l'article 1363 du Code civil, en faisant remarquer que l'action était attribuée exclusivement au ministère public. « On ne saurait non » plus, » dit l'exposé des motifs, « abuser de cette disposition, pour éluder l'article 1341 du Code Napoléon, » qui prohibe toute preuve par témoins de toutes choses » excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, » pour faire recevoir à l'appui d'une accusation criminelle » une preuve irrecevable devant les tribunaux civils, et » faire ainsi revivre, sous une autre forme, une action » justement éteinte ou prescrite..... C'est le ministère » public qui pourra, dans le seul intérêt de la société, » poursuivre le parjure : celui qui aura fait un faux serment, pour s'affranchir d'une dette contractée, mais » dont la preuve n'aurait pas été présentée *ou admise* devant les tribunaux civils, ne jouira pas en paix du fruit » de son imposture. » Il semble résulter bien clairement de ces paroles qu'on n'a vu d'inconvénient à laisser toute latitude à la preuve du parjure, qu'en tant qu'il s'agirait de la partie civile; mais qu'une fois la partie civile mise hors de cause, il n'y avait plus de motifs suffisants pour astreindre le ministère public à tel ou tel mode de justification. Car l'exposé prévoit même le cas où la preuve

n'aurait pas été *admise* devant les tribunaux civils, ce qui fait allusion aux prohibitions légales; et l'on veut que même alors le parjure ne demeure pas impuni. Cette doctrine se conçoit du reste dans la position tout exceptionnelle où l'on se trouve placé ici. En effet l'un des principaux motifs des restrictions apportées à l'emploi de la preuve testimoniale, le danger de la corruption des témoins, disparaît complétement dans une affaire où l'action publique est seule en jeu. Reste l'incertitude de la preuve testimoniale; mais cette incertitude existe également dans les circonstances où la nécessité oblige à admettre cette preuve. N'y a-t-il pas d'ailleurs impossibilité morale pour le ministère public de se procurer un commencement de preuve par écrit, dans un procès où il n'y a pas de partie civile? La loi déclare que le parjure ne sera pas impuni, et il le serait toujours en fait, dès qu'il s'agirait d'une valeur de plus de cent cinquante francs! La cour de cassation a donc eu raison de revenir sur sa jurisprudence par un arrêt de rejet du 21 août 1834, qui autorise le ministère public à user indéfiniment de la preuve testimoniale. Les poursuites pour parjure seront toujours rares sans doute; mais du moins elles ne seront pas impossibles, comme cela arriverait dans le système contraire.

§ 4. Refus de prêter ou de référer le serment.

314. Celui à qui le serment est déféré, a le choix, ou de le prêter, ou de le référer à l'autre partie, qui ne peut se plaindre de se trouver dans la position où elle voulait mettre son adversaire. Mais, de même qu'on ne peut déférer le serment sur un fait qui n'est pas personnel à la partie qui le défère, il n'est pas permis à cette partie de le référer, quand le fait dont il s'agit lui est pu-

rement personnel (Code civil, art. 1362). Ainsi le successible oursuivi par un créancier pour détournement d'effets de la succession, et à qui celui-ci déférerait le serment, ne serait pas reçu à le référer. Cette exception à la faculté générale de référer le serment n'est pas la seule. Lorsque la partie interpellée de jurer est un incapable, tel qu'un mineur, qui peut faire sa condition meilleure, mais non l'empirer, cet incapable peut bien prêter lui-même le serment, qui tend à le libérer; mais il ne lui est pas permis de le référer, ce qui compromettrait singulièrement ses intérêts.

Quant au serment extrajudiciaire, nous avons vu que la délation de ce serment n'avait rien d'obligatoire; il est évident qu'il doit en être de même du serment référé extrajudiciairement. S'il est prêté, il en résultera une transaction, mais on ne pourra être condamné pour avoir refusé de le prêter.

315. Quand le serment est déféré en justice et à une personne capable, si elle refuse de le prêter ou de le référer, il y a de sa part aveu tacite; elle doit succomber dans sa demande ou dans sa défense (Code civ., art. 1361). *Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* (Paul., l. 38, ff., *de jurej.*) Il est bien entendu cependant que cet aveu tacite n'est admissible que là où l'aveu exprès peut l'être. Ainsi l'incapable ne pourra pas plus se nuire en gardant le silence qu'en déférant ou en référant le serment. De même le silence d'un coobligé ne pourra compromettre les autres obligés qu'autant qu'il aurait mandat exprès ou tacite de les représenter. Il faut se référer ici aux principes que nous établirons plus tard sur l'autorité de la chose jugée.

DEUXIÈME SECTION.

REJET DU SERMENT DÉCISOIRE AU CRIMINEL.

316. Si le serment décisoire suppose une transaction, ce serment n'est dès lors admissible, ainsi que nous l'avons reconnu, que dans les matières sur lesquelles il est permis aux parties de transiger. On ne peut donc en concevoir l'emploi au criminel que sous l'empire des législations qui laissent l'accusation entre les mains des particuliers. Dans l'antiquité, où ce système était en pleine vigueur, le serment paraît en effet avoir été souvent employé pour décider du résultat d'un procès criminel. A Athènes, les plaidoiries de Démosthènes offrent plus d'un exemple de cette pratique, qui paraît si singulière dans nos mœurs[1]. A Rome, Quintilien, qui s'occupe presque exclusivement dans ses *Institutes Oratoires* des affaires criminelles, présente la délation du serment (liv. 5, ch. 6) comme une mesure dangereuse et réprouvée par les vieux praticiens; mais, par cela même qu'il avertit d'en user avec une extrême sobriété, il est facile de voir qu'il la considère comme parfaitement admissible.

Chez les modernes, l'emploi du serment décisoire au criminel paraît avoir été promptement abandonné. D'abord, partout où le système inquisitorial a prévalu, la

[1] C'est ainsi que l'orateur athénien déclare, dans un de ses plaidoyers (in Aphob. III, § 16), qu'il avait offert de s'en rapporter au serment que l'accusé prêterait sur la tête de sa fille; mais que celui-ci n'a voulu ni prêter, ni référer le serment.

faculté de transiger sur les accusations, faculté sur laquelle repose la délation de ce serment, a été abolie. Et même dans les pays qui, comme l'Angleterre, ont conservé le système des accusations privées, on n'admet guère dans la pratique cette conséquence extrême, devant laquelle l'antiquité n'avait pas reculé. On n'y voit plus, comme à Athènes et à Rome, l'accusateur et l'accusé se provoquer respectivement au serment. Le bon sens du jury se refuse à faire dépendre le sort d'une accusation capitale d'un mode de preuve aussi dangereux. On peut donc considérer le serment décisoire comme ayant complétement disparu chez les peuples modernes en matière criminelle.

TROISIÈME MODE DE PREUVE ORALE.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR.

317. Autant il est naturel de s'en rapporter au témoignage de tiers désintéressés dans le litige, ou à l'aveu du défendeur lui-même, autant il paraît étrange de s'en rapporter à l'affirmation du demandeur, ainsi appelé à se donner gain de cause par son propre témoignage. Et en effet, lorsque certaines législations barbares, sous l'influence d'un sentiment exagéré de la moralité humaine, ont permis de s'en rapporter en toute matière à la déclaration du demandeur, cette faculté a donné naissance à d'énormes abus. C'est ainsi que, chez les Lombards, dans l'origine, il suffisait à celui qui présentait la charte d'un héritage, s'il s'élevait quelque contestation, de jurer sur les Évangiles la vérité de cette charte, et sans aucun jugement préalable, il se rendait maître de l'héritage. Ainsi les parjures étaient sûrs d'acquérir (voyez loi des Lombards, liv. II, tit. 55, chap. 34). La réaction qui eut lieu dans l'opinion contre ces scandales [1] paraît même avoir puissamment contribué à propager l'usage du combat judiciaire.

318. Aujourd'hui la déclaration du demandeur, sans avoir une autorité aussi exorbitante, est encore assez fréquemment invoquée, et nous verrons que ce mode de

[1] *Ab Italiæ proceribus est proclamatum, ut imperator sanctus, mutatâ lege, facinus indignum destrueret* (Loi des Lomb., *ib.*).

preuve, souvent attaqué à juste titre, est, dans certaines applications, justifiable, quelquefois même nécessaire.

Une distinction importante domine la matière. Tantôt c'est la loi qui désigne exclusivement l'une des parties, habituellement le demandeur, pour trancher le débat par sa déclaration; tantôt on laisse au juge la faculté de s'en rapporter à la déclaration de l'une ou de l'autre des parties, à son choix, et c'est alors qu'intervient le serment supplétoire, dont nous nous occuperons en dernier lieu.

PREMIÈRE SECTION.

CAS OU LA LOI ATTACHE UNE FOI EXCLUSIVE A LA DÉCLARATION DE L'UNE DES PARTIES.

319. Deux sortes de motifs ont pu déterminer la loi à s'en rapporter uniquement, pour certaines questions, à la déclaration de l'une des parties, et même ordinairement du demandeur[1]. Quelquefois c'est la qualité de la personne qui la fait juger digne de confiance ; d'autres fois la position toute particulière du demandeur fait que lui seul est à même de donner des renseignements sur le fait en litige.

320. La qualité de la personne a déterminé le législateur à s'en rapporter exclusivement à l'une des parties, lorsqu'il veut que le locateur en soit cru sur son serment, au cas de contestation sur le prix d'un bail verbal dont l'exécution est commencée, lorsqu'il n'existe point de quittance (Code civil, art. 1716). Le même esprit a dicté l'article 1781 du Code civil, aux termes duquel le maître en est cru sur son *affirmation* pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échue, et pour les à-comptes donnés pour l'année courante. Il faut supposer aussi, dans ce dernier cas, que le domestique ne produit point d'écrit ; il est clair que, s'il y avait un écrit du maître, celui-ci ne pourrait revenir sur son propre aveu.

Ces deux dispositions, empreintes d'un esprit peu dé-

[1] Il est bien entendu que nous appelons ici *demandeur* celui à qui incombe la preuve du fait à l'appui duquel sa propre déclaration est invoquée, quand même sa prétention viendrait se présenter incidemment dans une procédure où il serait défendeur.

mocratique, semblent une réminiscence du vieil adage coutumier : *en grande pauvreté n'y a pas grande loyauté.* Elles se ressentent aussi de la défaveur qui s'attache à la preuve testimoniale dans notre droit. On aime mieux trancher le nœud gordien, en s'en rapportant à l'une des parties, que d'autoriser une foule de petites enquêtes.

La dernière de ces dispositions doit surtout fixer notre attention. Il est à remarquer qu'on suppose le maître tantôt défendeur, tantôt demandeur. Il est défendeur [1], lorsqu'il s'agit de la quotité des gages qu'on réclame contre lui; il est demandeur, au contraire, en vertu de la règle *reus excipiendo fit actor*, lorsque, la quotité des gages une fois prouvée, il allègue à son tour un payement total ou partiel. Dans l'une et l'autre hypothèse, son *affirmation* fait foi. Mais que faut-il entendre par cette affirmation? Quelques-uns pensent qu'il suffit de la simple déclaration du maître, la loi n'ayant pas exigé le serment, comme elle l'a fait expressément, lorsqu'il s'agit du louage des choses (*ib.*, art. 1716). Mais le mot *affirmation* se prend souvent dans le sens de déclaration assermentée; et c'est ainsi notamment que s'entend l'affirmation qui vient sanctionner la vérification des créances, en matière de faillite (Code de comm., art. 497). Et en laissant de côté la difficulté grammaticale, pour aborder la question au fond, y a-t-il quelque motif raisonnable pour refuser au domestique toutes les garanties désirables de la sincérité d'une déclaration qu'il est obligé d'accepter? Si la loi oblige le bailleur d'un héritage à prêter serment, bien que le preneur ait la faculté d'administrer la preuve contraire au moyen d'une expertise (Code civil, art. 1716), le domestique, auquel cette ressource a été

[1] Il est rare que la loi s'en rapporte à la déclaration du défendeur, assez protégé par sa position, qui lui assure gain de cause, par cela seul qu'il y a doute. Mais ici on a voulu, pour tarir la source des procès, empêcher que le domestique ne pût invoquer la preuve testimoniale, même pour les valeurs qui n'excéderaient pas cent cinquante francs.

refusée, vis-à-vis duquel l'affirmation du maître est péremptoire, doit, à plus forte raison, être autorisé à faire un appel solennel à la conscience de son adversaire.

Du reste, la foi accordée ainsi au maître repose sur des relations purement personnelles. Si donc il vient à mourir, on pourra peut-être s'en rapporter à la déclaration de la veuve et des enfants habitant avec lui; mais il sera certainement impossible d'attribuer la même prérogative aux héritiers étrangers, vis-à-vis desquels le domestique restera dans le droit commun, qui autorise la preuve testimoniale de sa créance, si elle ne dépasse pas cent cinquante francs, et qui oblige le défendeur à justifier des payements par lui allégués. Ce qui est moins douteux, c'est que l'article 1781 du Code civil doit être strictement borné à ce qui concerne les gages : seul point pour lequel le domestique est censé avoir suivi la foi du maître. Pour tout le reste, et, par exemple, s'il réclamait des effets personnels, on ne saurait lui refuser le droit de faire la preuve d'après les règles ordinaires.

321. On peut encore citer comme motivée par la qualité de la personne la disposition du Code de procédure (art. 133), qui autorise l'avoué de la partie gagnante à réclamer la distraction des dépens à son profit, en affirmant qu'il a fait la plus grande partie des avances. La position de l'officier ministériel ne permet pas de supposer qu'il veuille compromettre son caractère et son avenir par une déclaration mensongère. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'un débat au fond entre l'avoué et son client, mais d'une mesure provisoire d'exécution. Ici la pratique constante de nos tribunaux n'exige pas le serment, et cette pratique offre peu de danger après tout, puisque l'avoué peut être astreint à représenter le registre qu'il doit tenir conformément à l'article 51 du tarif : registre qui justifie de l'exactitude de ses assertions (arr. de la cour de Limoges du 27 août 1823).

322. Enfin nous avons dit qu'il est des cas où la nécessité même oblige à s'en rapporter aux allégations du demandeur : c'est lorsqu'il est impossible de constater autrement la valeur réclamée. Alors intervient le serment appelé par les auteurs *litis-décisoire* (Code civ., art. 1369). C'est du moins la seule application que reçoive ce serment dans notre droit. A Rome, on le déférait également au demandeur, lorsqu'il y avait dol de la part de l'adversaire. Chez nous, on se contente d'allouer en ce cas des dommages-intérêts plus considérables, mais qui sont toujours basés sur le préjudice éprouvé. « Le *juramentum affectionis*, » dit Pothier (*Oblig.*, n° 930), « n'a pas lieu » dans nos usages; nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis*. » Il y a lieu à ce dernier serment, toutes les fois qu'une perte étant d'ailleurs établie, on ne peut en constater l'importance que par la déclaration de la partie même qui l'a soufferte. Cette partie doit alors affirmer en conscience, non le prix d'affection qu'elle attachait à l'objet perdu, mais sa valeur réelle. Ainsi un voyageur perd ses effets dans une auberge, où il y avait pour lui impossibilité morale d'en constater la valeur; on a reconnu de tout temps qu'il fallait bien, en pareille occurrence, s'en rapporter à sa déclaration, en tenant compte de la qualité des personnes et des circonstances de la cause. Alors le juge, ainsi qu'il le faisait presque toujours à Rome, détermine (Code civ., art. 1369) la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. Bien plus, le serment prêté ne lie pas le juge, qui peut encore, en dernière analyse, si l'évaluation lui paraît exagérée, restreindre la condamnation à un taux inférieur. Telle est du moins la doctrine que professe Pothier (*Oblig.*, n° 932) d'après les lois romaines, et il est peu probable que les rédacteurs du Code civil aient entendu s'en écarter.

DEUXIÈME SECTION.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR OU DU DÉFENDEUR, AU CHOIX DU JUGE. SERMENT SUPPLÉTOIRE.

323. *Solent judices in dubiis causis,* dit Gaïus (l. 31, ff., *de jurej.*), *exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit.* Cette pratique n'a rien de contraire aux règles ordinaires, lorsque le serment est déféré par le juge au défendeur, puisque son adversaire pourrait toujours lui imposer la même obligation, en lui déférant le serment décisoire. Mais, lorsque c'est au demandeur que ce serment est déféré, il tend à détruire la maxime aussi salutaire que raisonnable, qui oblige le demandeur à faire la preuve. On suppose alors au serment une efficacité qui n'est que trop démentie par l'expérience. Aussi ce genre de preuve si équivoque était-il d'abord tombé en discrédit dans notre ancienne jurisprudence : « Serments supplétifs, dit Papon, ne sont reçus en parlement de Paris, comme » chose préjudiciable au salut éternel, pour avoir connu » les mœurs des hommes, par inclination du temps, dépra- » vées jusqu'à mépriser tel sacrement en peu de chose. » Mais on ne sut pas maintenir cette sage pratique, et au dernier siècle l'emploi du serment supplétoire était redevenu extrêmement fréquent. On connaît la déclaration que fait Pothier à ce sujet dans son traité des obligations (n° 925) : « Depuis plus de quarante ans que je fais ma » profession (il parle ici comme juge, et non comme pro- » fesseur), j'ai vu une infinité de fois déférer le serment,

» et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie
» ait été retenue par la religion du serment de persister
» dans ce qu'elle avait soutenu. »

Si cet expédient peut présenter quelque utilité, c'est seulement dans des cas tout particuliers, où la bonne réputation d'une partie peut suppléer à ce qu'ont d'incomplet les preuves qu'elle invoque. Mais la somme des inconvénients dépasse de beaucoup celle des avantages. Notre législation a cependant admis le serment supplétoire en matière civile; elle l'a du moins rejeté en matière criminelle, là où il s'est maintenu chez d'autres nations, ainsi que nous le verrons en terminant.

PREMIÈRE DIVISION.

EMPLOI DU SERMENT SUPPLÉTOIRE EN MATIÈRE CIVILE.

324. Dans quels cas le juge a-t-il la faculté de déférer ce serment ? Le Code civil (art. 1367), qui reproduit la doctrine de nos anciens auteurs, ne s'explique pas très-nettement sur ce point. « Le juge, y est-il dit, ne peut » déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur » l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut: 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit » pas totalement dénuée de preuves. — Hors ces deux cas, » le juge doit ou adjuger, ou rejeter purement et simplement la demande. »

Il résulte bien de là, sans contredit, que le serment ne peut être déféré d'office dans les deux cas extrêmes où la preuve est complète, et où elle manque totalement. Mais quelle est la position intermédiaire, où il sera loisible au juge de le déférer ? C'était un point abandonné à sa prudence, chez les Romains, et les anciens interprètes ne définissent que très-vaguement ce qu'ils appellent des preuves *semi-pleines*. Mais, dans notre législation, qui exclut la preuve testimoniale des conventions dont l'objet dépasse cent cinquante francs, il est assez naturel de soumettre à la même restriction le serment supplétoire, bien plus dangereux encore que le témoignage des tiers. Aussi la doctrine et la jurisprudence entendent-elles l'article 1367 en ce sens qu'il est permis au juge de déférer le serment dans les cas où la preuve testimoniale est ad-

missible. Toutefois il faut aller encore un peu plus loin, et reconnaître avec Pothier (*Oblig.*, n° 926), que, dans les causes qui concernent l'état des personnes, lors même que la preuve testimoniale est admissible, comme dans les questions de mariage, le serment supplétoire doit être repoussé. La probité apparente d'un plaideur peut permettre au juge de s'en rapporter à sa délicatesse dans une affaire purement pécuniaire; mais il ne saurait en être de même là où il s'agit des intérêts les plus sacrés de la société. Quant à la question de savoir si, en sens inverse, ce serment est admissible, sans que la preuve testimoniale le soit également, à l'appui du registre qu'un marchand invoque contre un particulier non marchand (Code civ., art. 1329), elle se rattache trop intimement à la foi des registres, pour qu'il convienne de la traiter ici par anticipation.

325. C'est en général au juge seul qu'il appartient de choisir la partie à laquelle il veut déférer le serment. Son choix sera le plus souvent déterminé par les antécédents plus ou moins favorables des plaideurs et par les circonstances de la cause. Mais, toutes choses égales, ce sera au défendeur qu'il devra s'adresser, l'affirmation du demandeur dans sa propre cause n'étant pas recevable, lorsque rien ne vient faire pencher la balance en sa faveur. Il y a toutefois un cas où la loi elle-même fait le choix : c'est celui où un commerçant, aux registres duquel l'autre partie offre d'ajouter foi, refuse de les représenter (Code de comm., art. 17); c'est alors à celui qui a demandé la représentation que doit être déféré le serment. Le refus de représenter ses livres est en effet une présomption grave contre l'adversaire. Dans des cas semblables, où il s'élève un fort préjugé contre l'une des parties, à raison de sa conduite dans le litige, si, par exemple, elle a nié un fait qui se trouve ensuite clairement établi,

les juges se conformeront à l'esprit de la loi, en déférant toujours le serment à l'autre partie.

326. Les règles sur la forme du serment, que nous avons exposées en parlant du serment décisoire, sont absolument les mêmes pour le serment déféré d'office.

327. La prestation du serment supplétoire ne tranche pas d'une manière péremptoire la contestation, comme celle du serment décisoire. Il ne s'agit plus ici d'une transaction, mais d'un mode de preuve ordinaire, auquel l'adversaire n'a nullement adhéré. Il est donc permis de combattre en cause d'appel les allégations de la partie adverse, bien qu'appuyées par un serment de cette nature; et le juge d'appel peut même, ainsi que l'enseignait Pothier (*Oblig.*, n° 928), déférer le serment à celui des plaideurs auquel le premier juge n'avait pas voulu s'adresser. Par le même motif, le Code, conformément à l'ancienne doctrine, ne reproduit pas, quant au serment déféré d'office, la disposition qui défend de prouver la fausseté du serment que l'on aurait déféré ou référé soi-même (Code civ., art. 1363). Rien ne s'oppose à ce que je puisse me porter partie civile et réclamer des dommages-intérêts, lorsque la juridiction criminelle est appelée à apprécier la sincérité d'un serment auquel je n'ai jamais entendu me soumettre.

328. Le refus de prêter le serment supplétoire fera presque toujours perdre son procès à la partie interpellée de jurer. Mais c'est là seulement ce qui arrivera le plus souvent en fait. En principe, le refus de jurer n'est plus considéré ici comme un aveu tacite. On applique le principe dont nous avons développé plus haut (n° 206 et suiv.) le véritable sens, que le juge n'est pas lié par une décision interlocutoire. Si, par exemple, une pièce décisive a été recouvrée, depuis que le serment a été ordonné, on a

jugé avec raison (Limoges, 23 mars 1825) que le tribunal pouvait revenir sur la délation de serment. En pareil cas, le refus de prêter serment ne nuirait pas à la partie dont les droits seraient ainsi clairement démontrés.

329. Un point sur lequel la loi est positive, c'est l'impossibilité de référer le serment déféré d'office (Code civ., art. 1368). On sent que la confiance accordée par le juge à l'un des plaideurs est toute personnelle.

DEUXIÈME DIVISION.

REJET DU SERMENT SUPPLÉTOIRE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

330. On peut concevoir, en matière criminelle, trois systèmes quant au serment supplétoire. La loi peut permettre de le déférer à l'accusateur, afin de corroborer son allégation ; elle peut en faire, au contraire, un moyen de défense pour l'accusé, et on l'appelle alors *serment purgatoire;* enfin elle peut proscrire tout serment de l'une ou de l'autre des parties dans les procès criminels. Chacun de ces systèmes correspond à une période différente dans l'état de la civilisation et de la législation pénale.

331. Le premier système appartient à l'enfance de la justice criminelle. Qu'on s'en rapporte à la déclaration du demandeur, en ce qui touche ses intérêts pécuniaires, cela peut être tolérable, du moins, comme nous l'avons vu, dans certaines circonstances. Mais qu'on dispose de la vie ou de l'honneur d'un accusé, parce que le serment de l'accusateur sera venu corroborer une preuve incomplète, c'est là une pratique déplorable, et qu'il n'est pas même nécessaire d'admettre dans les pays où l'accusation est abandonnée aux particuliers. Quand des intérêts aussi sacrés sont en jeu, il importe de s'en tenir strictement à la règle : *actore non probante, reus absolvitur.* On ne trouve ce système en pleine vigueur que dans les contrées d'Orient, où la justice criminelle s'administre avec la plus incroyable légèreté. C'est là que le législateur, suppléant à la qualité des preuves par leur nombre, autorise à éta-

blir l'assassinat au moyen de *cinquante serments* prêtés par les parents de la victime (Voyez les *Études sur la loi Musulmane* de M. Vincent, pag. 65 et suiv.). On n'est sans doute jamais tombé dans un pareil excès à Athènes et à Rome. On y voit cependant encore l'accusateur offrir spontanément son serment, qui, sans avoir une force péremptoire, entre dans les éléments de la conviction du juge [1]. Mais, quel que soit le système d'instruction criminelle adopté chez les nations de l'Europe moderne, le serment supplétoire de l'accusateur est universellement rejeté, aussi bien que le serment décisoire au criminel.

332. Il n'en est pas de même du serment purgatoire, dont l'usage subsiste encore chez certains peuples civilisés. La faculté de déférer le serment à l'accusé est en effet bien plus favorable, puisqu'elle tend à le libérer, au lieu d'aggraver sa position. Ce serment, connu au moyen âge sous le nom de *purgatio canonica*, parce que le droit canonique en faisait fréquemment usage, servait alors à trancher les plus graves contestations. Seulement, pour fortifier la foi de sa déclaration, l'accusé devait amener un certain nombre de voisins ou d'amis, qui juraient avec lui (*conjuratores*). Ce fut ainsi que trois évêques et trois cents seigneurs affirmèrent solennellement la légitimité de Clotaire II, pour disculper sa mère, la fameuse Frédégonde. On trouve des exemples de l'emploi de ces *conjuratores* en Allemagne jusqu'en 1548. Et le serment purgatoire déféré à l'accusé seul a survécu, dans le droit commun allemand, à l'abolition du serment collectif. Mais il n'est plus usité aujourd'hui qu'en matière non capitale, au cas de graves soupçons contre des personnes dont les antécédents sont d'ailleurs honorables. Ce serment se rattache à l'*absolutio ab instantiâ*; il permet d'obtenir un ac-

[1] Voyez le serment solennel de l'accusateur dans le plaidoyer de Démosthène contre Conon, § 14.

quittement complet, au lieu de rester perpétuellement sous le coup de l'accusation. C'est un correctif apporté à un système vicieux. On trouve également dans les anciennes lois anglaises l'admission de l'offre d'affirmer de la part du défendeur, lorsqu'il ne s'agissait que d'une amende, comme dans certaines actions civiles. « La loi, » dit Blackstone (liv. III, ch. 22), « dans la simplicité des » anciens temps, ne présumait pas qu'un homme voulût » se rendre parjure pour tous les biens de ce monde. »

333. Mais dans une civilisation plus avancée et plus corrompue, il n'est plus permis au législateur d'avoir une pareille foi en la moralité humaine. Le serment purgatoire doit disparaître, comme a disparu depuis longtemps chez les peuples modernes le serment déféré à l'accusateur. En Angleterre, dès le temps de Blackstone (même liv., même chap.), on a imaginé de substituer aux actions, dans lesquelles le défendeur est admis à affirmer, des actions nouvelles, dans lesquelles cette affirmation n'est pas recevable. Notre jurisprudence française a depuis longtemps repoussé tout serment supplétoire au criminel. Il est à croire qu'en Allemagne le serment purgatoire, dont l'application devient de plus en plus rare chaque jour, n'est plus destiné à une longue existence.

DEUXIÈME LIVRE.

PREUVES PRÉCONSTITUÉES.

(GÉNÉRALEMENT ÉCRITES.)

334. Nous avons reconnu qu'il devenait nécessaire, dans un état de civilisation avancée, d'établir à l'avance certaines preuves, faciles à conserver, que l'on pût retrouver ultérieurement, lorsque le besoin viendrait à s'en faire sentir. Sur quelle base reposeraient la foi des contrats et la stabilité des propriétés, si, pour constater les droits les plus importants, on n'avait d'autres ressources que les souvenirs des tiers ou les déclarations des parties intéressées? Nous avons déjà vu, en nous occupant de la preuve par témoins, que, plus les rapports sociaux se sont compliqués, plus on a reconnu l'utilité de preuves qui échappent à ces chances de corruption, d'erreur ou de mortalité, qui rendent si dangereux l'emploi de la preuve testimoniale. L'utilité des preuves préconstituées n'est contestée par personne. Un seul point peut donner lieu à controverse. L'usage de ces preuves doit-il rester facultatif, ou bien peut-il être imposé aux parties? Nous avons vu que, depuis trois siècles, c'était à ce dernier système que s'était attachée la législation française, mue surtout par le désir de prévenir les procès. Aujourd'hui que ce système est entré dans nos mœurs, il est difficile qu'il puisse donner lieu à des surprises, si ce n'est dans des cas exceptionnels. Mais peut-on mettre

en balance le danger de fraudes accidentelles, avec l'avantage général d'empêcher une foule de contestations, ou du moins de donner au juge une base fixe de décision, toutes les fois que la chose est possible?

335. La preuve préconstituée se confond d'ordinaire avec la preuve littérale. De temps immémorial, en effet, on a employé l'écriture pour perpétuer le souvenir des événements juridiques, comme de tous les autres faits dont on désire conserver la trace dans un intérêt public ou privé. Mais il peut y avoir preuve préconstituée sans écriture, pourvu que l'on use de signes auxquels on attache une idée bien nette; car la signification que l'on donne aux caractères écrits n'est, après tout, que l'effet d'une convention, et rien n'empêche en principe que nous n'adoptions d'autres signes pour exprimer nos idées. Sans parler des hiéroglyphes, qui paraissent avoir été l'enfance de l'écriture, on sait que les Péruviens employaient, pour constater les faits les plus importants, des *quipos*, cordons de différentes couleurs, qu'ils nouaient de différentes manières. Chaque couleur, chaque nœud avait une valeur particulière. C'était là évidemment une preuve préconstituée. Les *tailles*, qui sont encore consacrées par le Code civil, sont un procédé tout à fait analogue; au fond, l'écriture n'étant que l'expression de nos idées par certains signes, on peut faire rentrer ces procédés dans l'expression générale d'écriture. Mais, à part cette concession faite à d'anciens usages, nos lois exigent l'emploi de l'écriture proprement dite, toutes les fois qu'on veut s'assurer une preuve à l'avance, et en ce sens il est vrai généralement chez nous, comme chez tous les peuples civilisés, que la preuve préconstituée se confond avec la preuve littérale. Il est bien entendu au reste que tout écrit ne constitue pas une preuve littérale dans le sens légal de ce mot. Pour avoir cette autorité, il faut

qu'il réunisse certains caractères, en l'absence desquels il dégénère en une simple note, qui peut tout au plus devenir une présomption contre celui qui en est l'auteur, mais qui n'a jamais contre lui la force d'une preuve légale.

336. Il n'y a malheureusement pas, dans notre langue, d'expression spéciale pour désigner les écrits revêtus de certaines formes, qui servent à constater telle ou telle convention, tel ou tel fait. Le mot latin *instrumentum*, qui rendait fort heureusement cette idée, ne se retrouve chez nous que dans le verbe *instrumenter*, relatif aux fonctions des notaires, et dans l'adjectif *instrumentaire*, appliqué aux témoins qui l'assistent. Il est vrai que Boileau (Sat. X) emploie *instrument* dans le sens du mot latin *instrumentum*.

Et déjà le notaire a, d'un style énergique,
Griffonné de ton joug l'*instrument* authentique.

Mais le mot a trop vieilli aujourd'hui dans cette acception, pour qu'il soit possible d'en faire usage. On est donc obligé d'employer avec la loi des expressions qui sont également usitées dans un autre sens. Ainsi le mot *acte* désigne à la fois ce qui s'est passé, *quod actum est*, et l'écrit rédigé pour constater ce qui s'est passé. Le même mot *titre*[1] désigne à la fois la cause en vertu de laquelle je possède un bien, une vente, une donation par exemple, et l'écrit destiné à constater l'existence de cette cause. De là de fréquentes équivoques. Car en droit, comme en métaphysique, bien des controverses ne roulent que sur des disputes de mots. Ces équivoques n'ont pas lieu seulement dans les écoles, où elles ne sauraient avoir de bien graves conséquences, elles se sont reproduites dans

[1] L'expression de *titre* s'applique plus spécialement aux actes authentiques. C'est ainsi que le Code civil intitule les deux premiers paragraphes de la section de la preuve littérale : *du titre authentique*, et *de l'acte sous seing privé.*

la pratique judiciaire et jusque dans la rédaction des lois.

Un notaire avait dressé l'*acte* qui constatait, en faveur d'une personne interposée, la cession d'une créance, dont il était lui-même le véritable cessionnaire. On provoqua contre lui l'application de l'article 175 du Code pénal, lequel prononce des peines assez graves contre l'officier public qui s'intéresse dans les *actes*, entreprises, adjudications, dont il aurait, au temps de l'*acte*, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance. Eh bien! les poursuites du ministère public, ainsi que l'a décidé, après une longue procédure, la cour de cassation le 18 avril 1817, ne reposaient évidemment que sur une équivoque. L'*acte* dont le notaire avait l'administration, la surveillance, c'était l'acte écrit, l'*instrumentum*; l'*acte* dans lequel il avait pris intérêt, c'était *id quod actum erat*, la cession, dont il n'avait nullement la surveillance, puisque le cédant était lui-même présent pour veiller à ses intérêts. Il y avait, dans l'espèce, deux opérations bien distinctes, quoique simultanées : l'une, la cession elle-même faite au profit du notaire, parfaitement licite, dès que le droit n'était pas litigieux[1]; l'autre, la rédaction de l'acte constatant la cession, rédaction que le notaire intéressé dans la cession n'avait pu faire lui-même sans commettre une nullité (loi du 25 ventôse an XI, art. 8 et 68). Mais cette nullité de l'acte qui devait faire preuve de la cession ne pouvait la rendre illicite après coup, ni surtout placer l'officier public sous le coup de dispositions pénales, destinées à atteindre des prévarications bien autrement graves qu'une simple con-

[1] Eût-il été litigieux, ce qui ne paraît pas avoir été allégué dans l'espèce, il y aurait eu nullité de la cession, si le droit était de la compétence du tribunal dans le ressort duquel le notaire exerçait ses fonctions (Code civ., art. 1597); mais les poursuites n'auraient pas été pour cela mieux fondées, puisque le Code pénal ne frappe d'aucune peine la cession illicite de créances litigieuses.

travention disciplinaire. On voit que les poursuites portaient complétement à faux.

Quant au mot *titre*, c'est dans la loi elle-même que nous trouvons cette confusion déplorable entre le fait et la preuve du fait. « Les servitudes continues et apparentes, » dit l'article 690 du Code civil, « s'acquièrent par *titre* ou » par la possession de trente ans. » Si, par titre, il fallait entendre dans cet article le mode d'acquisition de la servitude au fond, la prescription serait un titre tout aussi bien qu'une donation ou une vente, puisque c'est également une manière d'acquérir. En opposant le titre à la prescription, le Code civil a eu en vue l'acte écrit, qui sert habituellement à constater l'aliénation volontaire de la servitude; par opposition à la possession trentenaire, base de la prescription, qui se prouve par témoins. Mais alors la rédaction est aussi vicieuse qu'inexacte : vicieuse, puisque ce n'est point par le titre, *instrumentum*, que l'on acquiert, mais par le mode de constitution, que prouve ce titre; inexacte, en ce que les actes écrits ne sont pas le seul moyen d'établir l'existence de la servitude, que l'on peut constater par l'aveu, par le serment, et par la preuve testimoniale même, si la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs. Tout cela vient d'une confusion fréquente dans la pratique, mais qu'on ne devrait pas retrouver dans la loi, entre le mode de constitution, qui sert de *titre* au fond à la servitude, et le *titre* écrit, destiné à perpétuer la mémoire de cette constitution[1]. Les sages observations de l'école de Condillac sur l'utilité d'une langue bien faite dans les sciences reçoivent ici parfaitement leur

[1] C'est en tombant dans la même confusion que certains auteurs exigent un acte écrit pour établir le *juste titre*, à l'appui de la prescription de dix ou vingt ans, comme si l'on devait entendre par *juste titre* autre chose qu'une juste cause de possession, sauf à prouver par les voies ordinaires l'existence de cette cause.

application. Malheureusement il ne nous est pas donné de réformer la langue du droit. Nous emploierons donc avec la loi les mots usités, en nous tenant seulement en garde contre les équivoques de la nature de celles que nous venons de signaler.

337. Les preuves préconstituées ne sont que l'expression du témoignage de l'homme, revêtue de certaines formes. Nous avons vu que le témoignage peut émaner de tiers étrangers au litige, du défendeur, ou du demandeur même. La circonstance que le témoignage intervient ici au moment de l'opération légale qu'il atteste, au lieu d'être provoqué après coup, n'empêche pas qu'il n'émane toujours de l'une de ces trois sources. La division de ce livre sera donc la même que celle du livre précédent. Nous trouverons dans l'acte authentique le témoignage préconstitué de tiers désintéressés; dans l'acte sous seing privé, auquel nous rattacherons les tailles, le témoignage préconstitué du défendeur; enfin celui du demandeur même, dans les registres des marchands. La force de ces trois modes de preuves suit une progression décroissante. Le témoignage de tiers, consigné dans un acte authentique, bien loin d'être suspect comme le témoignage oral proprement dit, est la preuve légale par excellence, à raison de la confiance que provoque le caractère de l'officier public de qui il émane. Vient ensuite l'aveu consigné dans l'acte sous seing privé, qui, entouré de moins de garanties, se place à un degré inférieur. Enfin les déclarations que font les marchands en leur faveur, dans leurs registres, n'ont nécessairement qu'une foi relative et restreinte.

338. Nous n'avons pas à nous occuper maintenant des copies et des actes récognitifs, qui trouveront leur place plus tard, lorsque nous arriverons à la preuve au second degré, ou à la preuve de la preuve. Quant aux *actes con-*

firmatifs, c'est bien mal à propos que le législateur, entraîné par une ressemblance trompeuse entre ces actes et les actes récognitifs, a traité également des premiers, sous la rubrique de la preuve. Sans doute, ces deux sortes d'actes ont cela de commun qu'ils tendent à donner force à un droit antérieur, et c'est en ce sens que les interprètes appellent l'acte récognitif lui-même *confirmatio*. Mais la confirmation qui se trouve dans l'acte récognitif tend seulement à conserver la preuve d'un droit dont la validité n'est pas contestée; tandis que la confirmation proprement dite, celle dont il est question dans les articles 1338 [1], 1339 et 1340 du Code civil, tend à valider au fond une opération entachée de nullité. La place naturelle de cet article eût donc été dans la section VII du chapitre précédent, section qui traite de l'action en nullité ou en rescision; et non dans celle de la preuve littérale. C'est encore le double sens du mot *acte* qui a trompé ici le législateur. L'acte confirmatif dont il parle, c'est la confirmation au fond, *id quod actum est;* tandis qu'il ne devrait être question que de l'acte écrit, *instrumentum*, destiné à prouver le droit. Pothier n'est pas tombé dans cette confusion. Les actes récognitifs sont les seuls qu'il rattache à la preuve littérale. Nous suivrons son exemple, et nous nous abstiendrons d'empiéter sur la théorie des nullités et des rescisions, qui est tout à fait étrangère à la matière des preuves.

[1] On peut dire toutefois que le premier alinéa de l'article 1338, qui exige diverses mentions pour la validité de l'acte confirmatif, rentre dans la matière des preuves, en tant que ces mentions sont nécessaires pour prouver un consentement sérieux. Mais c'est là la partie la moins importante du sujet. Les questions délicates, par exemple, l'effet de la confirmation à l'égard des tiers, sont toutes de fond, et dès lors complétement en dehors de notre matière.

PREMIER MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE.

TÉMOIGNAGE DE TIERS. — ACTE AUTHENTIQUE.

339. La preuve préconstituée qui doit inspirer le plus de confiance, c'est celle qui est l'œuvre d'officiers publics, chargés spécialement de recevoir les déclarations des parties. Les actes rédigés par ces officiers sont nommés *authentiques*, à raison de la présomption de sincérité qui s'y attache. Le mot authentique, qui, dans son sens le plus large, désigne tout écrit public ou privé, dont la véritable origine est bien constatée, comme lorsqu'on se demande si tel livre attribué à tel auteur est bien authentique, reçoit dans notre pratique judiciaire un sens plus restreint. Suivant l'article 1317 du Code civ., « l'acte » authentique est celui qui a été reçu par officiers publics » ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été » rédigé, et avec les solennités requises. »

340. L'immense utilité de cette preuve a porté les rédacteurs du Code, préoccupés de la pratique bien plutôt que d'une saine théorie, à la placer en première ligne parmi les preuves consacrées par la loi. Et cependant elle est loin de présenter la démonstration directe des faits qu'il s'agit d'établir. La foi qui s'y attache repose sur une double supposition : 1° que le papier produit en justice est bien l'œuvre de l'officier dont il porte la signature apparente; 2° que le témoignage rendu par cet officier, dans l'exercice de ses fonctions, est bien sincère. La première

supposition se fonde sur la difficulté d'imiter les actes authentiques, entourés de si nombreuses formalités; et sur la plus grande sévérité du Code pénal (art. 147 et 150), qui punit des travaux forcés à temps le faux en écriture publique, et de la reclusion seulement le faux en écriture privée. La seconde supposition repose sur les garanties que présentent le caractère et la position de l'officier public, et sur la pénalité rigoureuse, les travaux forcés à perpétuité (*ib.*, art. 145 et 146), qui l'atteint au cas de prévarication. Cette dernière supposition n'est que l'application des règles ordinaires sur la foi au témoignage. Mais la première n'est qu'une présomption de fait, qu'une probabilité, que les besoins de la pratique ont transformée en présomption légale. Cette foi qui s'attache, non pas seulement à l'acte authentique, mais à l'apparence même de cet acte, est le caractère le plus saillant qui le distingue de l'acte sous seing privé, lequel n'a de force qu'autant qu'il est reconnu ou dûment vérifié.

341. L'authenticité se retrouve dans tous les actes qui émanent de l'autorité publique, dans les lois, dans les actes administratifs. Nous n'avons à nous occuper ici que de l'authenticité judiciaire, en matière civile et en matière criminelle.

Nous allons examiner quelles sont les formes et quelle est l'autorité des actes authentiques, d'abord au civil, puis au criminel. Nous traiterons ensuite de la procédure au moyen de laquelle on fait tomber la foi qui s'attache à l'authenticité, c'est-à-dire de l'inscription de faux.

PREMIÈRE SECTION.

DE L'ACTE AUTHENTIQUE EN MATIÈRE CIVILE.

342. Les actes authentiques par excellence, ceux auxquels se réfèrent surtout les dispositions du Code civil, ce sont les actes notariés, dont nous nous occuperons en premier lieu. Les développements que nous donnerons sur ces actes nous dispenseront d'entrer dans des détails peu intéressants sur les actes authentiques reçus par d'autres officiers publics, actes qui sont régis au fond par les mêmes principes. Mais nous examinerons à part les questions délicates que soulève la foi des actes de l'état civil.

PREMIÈRE DIVISION.

DES ACTES NOTARIÉS.

343. L'institution d'officiers spéciaux ayant caractère pour donner l'authenticité aux actes qui constatent les conventions des parties, est tellement enracinée dans nos mœurs judiciaires, qu'elle nous semble devoir exister chez tous les peuples civilisés. *Periret omnis judiciorum vis*, dit Chassanée (*Catal. gloriæ mundi*, liv. IV, consid. 19), *nisi essent notarii, qui acta conscriberent; periret ipsa veritas et fides in contractibus et commerciis.* Et cependant le notariat, tel qu'il est constitué chez nous, n'existait pas à Rome, et aujourd'hui encore nous ne le retrouvons pas en Angleterre.

344. Il y avait bien à Rome des tabellions qui, établis au *forum*, rédigeaient, sur la demande des parties, des écrits constatant leurs conventions. Mais ces écrits, même dans le dernier état du droit, lorsque l'écriture avait acquis une grande importance, n'avaient point l'autorité qui s'attache à nos actes notariés. Il fallait que le tabellion vînt lui-même reconnaître l'écriture, et en affirmer avec serment la sincérité; s'il était mort, on appelait les témoins qui avaient assisté à l'acte, et on procédait à une vérification d'écriture (voy. nov. 44, et nov. 73, ch. 7). On voit que les actes des tabellions, *scripturæ forenses*, n'offraient aux parties qu'une garantie extrêmement imparfaite. Ce n'était, après tout, que la preuve testimoniale, appliquée à la confection de l'acte, dont le tabel-

lion et les témoins venaient déposer, comme ils auraient déposé de tout autre fait. Quant aux *notarii*, ce n'étaient pas des officiers ayant mission de recevoir les conventions des parties, c'étaient de simples scribes, ordinairement des esclaves publics, qui écrivaient en abréviation (*notis*, d'où est venu leur nom) des actes de toute nature. Il y en avait d'attachés aux tabellions, comme aux magistrats. Ils rédigeaient le brouillon, que le tabellion mettait ensuite au net, *in mundum* (voy. Just., l. 27, Cod., *de fid. instrum.*). C'est de ces *notarii* que parle Paul, dans la loi 40, pr., ff., *de test. mil. : Lucius Titius miles testamentum scribendum notis dictavit, et antequàm litteris præscriberetur, vita defunctus est.* Cet emploi n'avait pas plus d'importance que n'en a aujourd'hui celui de sténographe.

Dans le dernier état de la législation romaine, on imagina un moyen de suppléer à l'authenticité, que les tabellions n'avaient pas mission de conférer. Ce fut l'*insinuation*, c'est-à-dire le dépôt, entre les mains du *magister census* à Rome et à Constantinople et des magistrats municipaux dans les provinces, des *instrumenta*, dont on voulait mettre la sincérité à l'abri de toute contestation. Ce dépôt, que faisaient de l'écrit original les parties intéressées, dispensait de toute vérification ultérieure. Il ne fallait alors ni tabellion, ni témoins; l'intervention de l'autorité publique assurait à elle seule la foi de l'acte qui lui était confié. *Superfluum est*, dit Zénon (l. 31, Cod., *de donat.*), *privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant.* L'utilité de ces *scripturæ publicæ* [1] se fit si bien

[1] Justinien (l. 20, Cod., *de fid. instr.*) appelle aussi *publice confecta* les actes des tabellions. Mais il prend alors le mot *publice* dans un sens matériel, pour désigner les rédactions faites au *forum*. Ce mot, dans son sens technique, veut dire au nom de l'autorité publique. C'est ainsi que certains jurisconsultes avaient le droit de répondre *publice* (§ 8, Inst., *de jur. nat. gent. et civ.*), c'est-à-dire, officiellement. Les actes insinués sont les seuls qui soient *publics* en ce dernier sens.

sentir dans les derniers temps que Justinien ordonna la création d'archives dans toutes les villes où il n'en existait pas encore. (Nov. 15, ch. 5, § 2.)

345. Au moyen âge, on distinguait aussi, dans le même sens qu'au Bas-Empire (voy. Mabillon, *de re diplom.*, liv. 3, ch. 4.), les *notitiæ privatæ* et les *notitiæ publicæ*. Les écritures privées étaient celles qui étaient dressées en présence de témoins, ou même du tabellion, qui chez nous, dans l'origine, n'était, comme à Rome, qu'un témoin jouissant d'un peu plus de crédit. On trouve peu d'actes rédigés devant un tabellion avant le onzième siècle. Les écritures publiques étaient, soit des actes privés insinués aux archives, comme dans le Bas-Empire ; soit des actes rédigés en présence du juge ou de l'évêque.

Ce fut de cette dernière institution que tira son origine le caractère tout particulier qu'a revêtu le notariat dans les temps modernes. Au moyen âge, lorsque les transactions sociales n'étaient pas compliquées, les mêmes *notarii*, qui minutaient les actes des fonctionnaires laïques ou ecclésiastiques, prirent l'habitude de rédiger également les conventions des parties : ce qui n'était d'abord que l'exercice même de leur office, puisque le dignitaire, auquel ils étaient attachés, recevait des actes de juridiction gracieuse, mais ce qu'ils firent ensuite, même hors la présence de ce fonctionnaire [1]. « Nous avons pris » l'habitude, dit Loyseau (*Offices*, liv. II, ch. V, § 50 et » suiv.), d'expédier nos contrats hors la présence du » juge; mais, quoi qu'il en soit, c'est toujours le juge qui » parle en iceux, et y est intitulé, ainsi qu'aux sentences, » et en plusieurs provinces le style des contrats porte : » *que les parties sont comparues devant le notaire comme en*

[1] Aujourd'hui encore, en Espagne, les *escrivanos* sont à la fois notaires des parties et greffiers des tribunaux.

» *droit ou en jugement*, et encore en quelques lieux il » porte : *qu'elles sont jugées et condamnées de leur consentement, à entretenir tout ce qui est contenu au contrat* : qui » est aussi la cause pourquoi les contrats en France ont » exécution parée, ainsi que les sentences..... Aussi j'ai » remarqué soigneusement qu'en toutes les anciennes ordonnances jusqu'à celles de Louis XII, les greffiers sont » appelés communément *notaires*, aussi bien que les tabellions. » L'autorité quasi judiciaire des actes authentiques (voir aussi sur ce point Pothier, *Traité de la procédure civile*, part. IV, ch. II, sect. II, art. 1), s'explique, on le voit, historiquement, puisque le notariat n'était, dans l'origine, qu'une branche du pouvoir judiciaire, que l'exercice de la juridiction gracieuse. On retrouve, même sous Louis XIV, des traces bien marquées de cette origine. Ainsi un édit de mars 1673 créa des charges de *conseillers de sa majesté*, *greffiers des conventions*, charges qui, par un second édit du mois d'août de la même année, furent réunies à celles des notaires du Châtelet.

Tandis que les scribes des tribunaux se transformaient peu à peu en notaires, les anciens tabellions subsistaient toujours. Mais le notariat proprement dit se rattachait à la justice royale, depuis que Philippe le Long avait déclaré, par une ordonnance de 1319, que les sceaux et écritures (*scribatus*) étaient de son propre domaine. Le tabellionnage, au contraire, était devenu une institution municipale. C'est ce qui apparaît bien clairement dans les *raisons et articles* envoyés en 1470 par les échevins de la commune de Saint-Dizier à ceux de la ville d'Ypres (voir ce curieux document dans le second volume des *Olim* de M. Beugnot, page 718). Ces échevins se plaignent (art. 290) qu'on ne les laisse pas *jouir et user paisiblement du tabellionnaige*, beaucoup de bourgeois prenant l'habitude de *faire passer leurs lettres par devant deux*

notaires royaux. Ainsi le tabellionnage était l'institution locale, et le notariat l'institution centrale, qui finit par absorber l'autre.

Il arriva du reste que le tabellionnage se dédoubla lui-même, si on peut s'exprimer ainsi, et donna lieu à la création d'officiers, qui prirent également le titre de *notaires*. Lorsque les affaires se multiplièrent, chaque tabellion un peu accrédité eut besoin d'employer des clercs, qui rédigeaient la première note ou minute des actes, que leur patron mettait ensuite au net, et dont il délivrait des expéditions. « Finalement » dit Loyseau (mêm. ch. V, § 64 et suiv.), « et comme il arrive en toutes con-» ditions, que ceux qui font la besogne s'accroissent et » s'augmentent toujours, même supplantent enfin leurs » maîtres qui sont négligents, ces clercs, qui avaient » vécu sous leurs maîtres comme domestiques, voyant » que leurs charges méritaient bien d'être continuées, » après qu'ils étaient mariés et séparés de demeure d'avec » leurs maîtres, se faisaient par eux commettre et substi-» tuer, tant en présence qu'absence. » Ces clercs des tabellions obtinrent donc le droit de rédiger seuls la minute, avec le titre de notaires, le privilége de grossoyer l'acte étant réservé aux tabellions. Un édit de François I[er] de 1542, qui établit des notaires là où il n'y avait que des tabellions, et réciproquement, sanctionna cet état de choses, en défendant respectivement aux notaires d'empiéter sur la grosse, et aux tabellions d'empiéter sur la minute. Toutefois les notaires du Châtelet de Paris (décl. du 6 juillet 1543), qui pouvaient instrumenter dans tout le royaume, continuèrent à exercer dans toute sa plénitude la juridiction volontaire, qui leur avait été déléguée de temps immémorial.

L'intérêt d'une bonne discipline et d'une sage répartition des pouvoirs fit cesser sous Henri II la confusion

qui s'était perpétuée jusqu'alors entre les fonctions de greffier et celles de notaire. Un édit du 4 octobre 1554, renouvelant des règlements antérieurs mal exécutés, défendit aux juges, lieutenants et greffiers, de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire. Au contraire, il ne pouvait y avoir qu'avantage et économie à réunir les fonctions de notaire et celle de tabellions : réunion qui fut en effet opérée par Henri IV en 1597. Le notariat, nom qui prévalut, excepté dans certaines localités rurales, devint alors, comme la plupart des autres charges publiques, un office vénal et héréditaire.

346. La loi du 16 octobre 1791 supprima la vénalité et l'hérédité, et ordonna que les places de notaires fussent données au concours. Il est douteux que ce mode de nomination fût parfaitement convenable pour des emplois de cette nature. Quoi qu'il en soit, la loi du 25 ventôse an XI, qui nous régit encore aujourd'hui, est tombée dans l'excès contraire, en n'exigeant plus que des conditions d'aptitude toutes pratiques, c'est-à-dire un certain nombre d'années de stage chez un notaire (art. 37 et 38), sans requérir la justification d'aucunes connaissances théoriques. Cette latitude dans le choix des candidats, qui pouvait se concevoir en l'an XI, lorsque les écoles de droit n'étaient pas encore réorganisées, est devenue une anomalie, aujourd'hui que l'étude de la science du droit est si florissante et si répandue. La justification d'un diplôme serait d'autant plus utile, que la loi du 28 avril 1816 (art. 91) a rétabli indirectement la vénalité pour les offices de notaires, comme pour plusieurs autres: ce qui, en l'absence de toute condition sérieuse de capacité, transforme en une pure spéculation l'acquisition de ces offices. Les vices de la loi ont produit les résultats auxquels on devait s'attendre, et les désordres du notariat ne rendent que trop urgente une réforme. Une or-

donnance du 4 janvier 1842 vient de faire un premier pas dans cette voie, en fortifiant l'action disciplinaire, et en interdisant aux notaires les spéculations qui ont donné lieu à tant de scandales. Mais, pour que la réforme soit complète et efficace, il faut une loi qui augmente les garanties sous le rapport de la capacité.

347. Si l'institution du notariat, telle que nous la concevons aujourd'hui, n'est pas bien ancienne, elle n'est pas non plus universelleen Europe. En Angleterre, les notaires ne donnent l'authenticité aux actes qu'en tant qu'il s'agit de les employer à l'étranger. A l'intérieur, tous les actes, par quelque officier qu'ils aient été dressés, doivent être vérifiés en justice par témoins ou par comparaison d'écritures. L'attestation du notaire n'a pas plus de force que n'en avait celle du tabellion dans les premiers temps. Ce sont toujours des actes sous seing privé. Mais onprend habituellement pour rédiger ces actes, soumis en Angleterre à des formes très-compliquées, des hommes de loi proprement dits, les *attorneys*, qui sont en même temps procureurs : cumul de fonctions qui n'est pas sans danger pour les parties, puisqu'on donne la mission de prévenir les procès aux mêmes officiers qui sont chargés de les diriger. L'absence d'actes authentiques notariés fait d'ailleurs recourir à des moyens analogues à ceux qu'on employait à Rome et au moyen âge. « La sûreté de la » possession que l'on tient d'un acte public, » dit Blackstone (liv. I, ch. 21), « ne dépend pas seulement » de l'acte même, ni du consentement des parties con- » tractantes, mais encore de la sanction d'une cour de » justice, dans les registres de laquelle l'acte est con- » signé. » Des actes de cette nature sont reçus par le parlement, et enregistrés sous le nom d'*actes privés*, par opposition à ceux qui ont un caractère politique. L'organisation judiciaire de l'Angleterre présente, sous ce

rapport, la plus grande analogie avec celle qui existait au Bas-Empire.

348. Certains pays, au contraire, ont enchéri sur la législation française, et attaché plus de prix encore à l'authenticité. Ainsi, tandis que, chez nous, la rédaction notariée est, en général, purement facultative, en Prusse (voy. Code prussien, part. 1, tit. 10, art. 6) et dans le canton de Vaud (Code du canton de Vaud, art. 1113), il faut un acte authentique pour la transmission de la propriété immobilière. La législation qui a été le plus avant dans cette voie est le Code sarde de 1838 (art. 1412), qui exige la rédaction par acte public pour toutes les conventions de quelque importance, y compris les baux au-dessus de neuf ans. Peut-être cette exigence n'a t-elle aucun inconvénient eu égard aux habitudes de la population sarde. Mais, chez nous, les parties s'adressent volontairement au notaire dans toutes les occasions graves, et les actes sous seing privé n'interviennent généralement que pour affaires d'un intérêt modique, et entre personnes capables d'exprimer leur volonté, sans avoir recours au style, souvent encore aujourd'hui trop prolixe, du notariat. Il n'y a donc pas lieu à innover en ce sens, pas plus que dans celui de la loi anglaise.

349. Nous allons présenter une analyse succincte des principales formes auxquelles sont soumis les actes notariés; puis nous nous demanderons quelle est la foi de ces actes, et, en général, des actes authentiques.

Premier point.

Forme des actes notariés.

350. Notre intention n'est pas de parcourir ici en détail les nombreuses formalités prescrites aux notaires par la loi du 25 ventôse an XI. Nous laisserons de côté les prescriptions réglementaires, dont l'inobservation donne

lieu à des peines disciplinaires contre le contrevenant, pour nous attacher aux dispositions substantielles.

Les solennités qui doivent se trouver dans l'acte notarié, pour qu'il puisse produire tous les effets dont il est susceptible, sont de deux sortes : les unes sont intrinsèques, nécessaires pour la foi de l'acte, *solemnia probantia*; les autres sont extrinsèques, nécessaires seulement pour l'exécution, *solemnia completoria*. On sent combien il importe de distinguer ces deux natures de solennités; autre chose est, en effet, l'absence de foi d'un acte, autre chose est l'absence de force exécutoire. Or les *solennités requises* (Code civil, art. 1317), pour que l'acte, reçu par un notaire ou par tout autre officier, fasse foi en justice, sont seulement celles de la première espèce. Car il y a des actes qui ne sont pas destinés à être exécutés, et qui n'en sont pas moins authentiques, bien que revêtus seulement des formes intrinsèques, les certificats de vie, par exemple.

C'est faute d'avoir fait cette distinction fondamentale que certains auteurs ont dénié l'authenticité au procès-verbal de conciliation dressé par le juge de paix. L'article 54 du Code de procédure dit bien, il est vrai, que les conventions des parties insérées au procès-verbal ont *force d'obligation privée*; mais, si on recherche le but que s'est proposé le législateur, en ajoutant cette restriction, on reconnaît aisément qu'il n'a pas voulu refuser au procès-verbal du juge de paix la foi qui s'attache aux déclarations dûment reçues par un fonctionnaire public, mais seulement empêcher qu'il ne fût rendu exécutoire : ce qui eût porté atteinte aux prérogatives des notaires [1]. Aussi admet-on généralement aujourd'hui que ce procès-verbal constitue une véritable preuve authenti-

[1] Nous reproduisons ce motif, mais sans entendre aucunement l'approuver. Loin de nous la pensée que les lois doivent être faites pour les officiers publics, et non les officiers publics pour les lois.

que, mais que seulement il n'est pas susceptible d'exécution forcée ; ce qu'on a voulu dire, en employant ces expressions vagues et inexactes : *force d'obligation privée.*

351. Nous allons examiner d'abord quelles sont les conditions en l'absence desquelles un acte notarié est nul, du moins comme acte notarié; puis nous nous demanderons ce qui arrive, quand l'acte est annulé à défaut de quelqu'une de ces conditions ; enfin nous parlerons des formalités purement extrinsèques.

§ 1. Conditions essentielles à la validité intrinsèque des actes notariés.

352. En tête de toutes les conditions exigées pour la validité de l'acte, se trouve la capacité légale de l'officier qui le rédige. « L'acte authentique, dit l'article 1317 du » Code civil, est celui qui a été reçu par officiers publics, » ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a » été rédigé. » Il faut donc, pour avoir qualité, afin de constater les conventions des parties : 1° être notaire; 2° instrumenter dans les limites de son ressort.

353. La qualité de notaire peut manquer au rédacteur de l'acte dans diverses hypothèses.

Écartons tout d'abord le cas le plus grave, mais le plus difficile à supposer dans la pratique, celui où un homme complétement étranger au notariat en aurait usurpé les fonctions. Alors l'erreur des parties, qui auraient pris pour notaire, sur sa simple déclaration, celui qui n'avait pas même de caractère officiel apparent, serait tellement grossière, qu'elle ne mériterait aucune indulgence.

354. Mais, ce qui peut arriver plus facilement, c'est que l'autorité trompée accorde à une personne incapable, privée, par exemple, de la qualité de Français, une nomination en bonne forme. C'est ainsi qu'à Rome, un esclave avait réussi à se faire nommer préteur, ce qui donna lieu à

cette décision d'Ulpien, si souvent citée (l. 3, ff., *de off. præt.*): *Barbarius Philippus, cum servus fugitivus esset, Romæ præturam petiit, et prætor designatus est: sed nihil ei servitutem obstitisse, ait Pomponius, quasi prætor non fuerit. Atquin verum est, prætura eum functum, et tamen videamus si servus, quamdiu latuit, dignitate prætoria functus sit, quid dicemus? quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? An fore, propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt, vel lege, vel quo alio jure? et verum puto, nihil eorum reprobari. Hoc enim humanius est, cum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem; sed et si scisset servum esse, liberum effecisset: quod jus multo magis in imperatore observandum est.*

Faut-il admettre cette décision, généralement reçue dans notre ancienne jurisprudence, ou dire au contraire que nous sommes dans le cas de l'*incapacité* prévue par l'art. 1318, et que l'acte peut tout au plus valoir comme acte sous seing privé? On ne peut nier que la même nécessité pratique, qui a dicté à Rome la loi *Barbarius Philippus*, n'existe encore aujourd'hui. Ceux qui traitent avec un officier public, ne peuvent faire une enquête sur son âge, sur ses antécédents, etc.; ils doivent s'en rapporter à l'autorité, qui lui a donné l'investiture de ses fonctions. A ne s'attacher qu'au Code civil, quelque doute pourrait s'élever, l'art. 1318, qui n'accorde qu'un effet restreint à l'acte, parlant de l'*incapacité* en général. Mais, si on se reporte à la loi du 25 ventôse an XI, qui est le siége de la matière, et à laquelle il est peu vraisemblable qu'on ait voulu déroger; on y voit que l'art. 68, qui énumère expressément les dispositions dont l'inobservation emporte nullité, ne vise, ni l'article 35, relatif aux conditions de capacité exigées, ni l'article 7, relatif à l'incompatibilité des fonctions de notaire avec certaines autres fonctions. C'est à l'administration qu'il convient de s'adresser alors, afin d'obtenir le retrait de la commission (art. 45 et 46)

délivrée au mépris de la loi ; mais, tant que cette commission n'est pas retirée, foi est due au titre apparent. C'est ainsi que tous les publicistes enseignent que les actes et jugements, passés sous l'empire de l'autorité la plus illégitime, doivent être maintenus ; et nous croyons, toujours en vertu de la même théorie, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de se refuser à l'exécution d'une loi, sous prétexte de son inconstitutionnalité : autrement, le pouvoir judiciaire absorberait tous les autres [1].

355. L'incapacité à laquelle fait allusion l'article 1318, la seule de nature à vicier l'acte, c'est celle dont les parties ont pu être informées, celle qui résulte, non d'un vice latent, mais d'une déclaration officielle de l'autorité. En effet l'article 52 de la loi sur le notariat, auquel cette fois se réfère expressément l'article 68, relatif aux nullités, est ainsi conçu : « Tout notaire suspendu, destitué ou » remplacé, devra, aussitôt après la notification qui lui » aura été faite de sa suspension, de sa destitution ou de » son remplacement, cesser l'exercice de son état. » Il est à remarquer que cet article, bien d'accord avec la théorie que nous venons d'exposer, admet que, jusqu'à la notification de la décision prise par l'autorité supérieure, l'exercice des fonctions continue ; et dès lors tout ce qui est fait antérieurement à cette notification demeure valable. C'est ce qui a été décidé (arr. de rejet du 25 novembre 1813) pour une signification faite par un huissier, dont l'interdiction avait été prononcée, mais non encore notifiée. Mais, une fois que cette notification a eu lieu, l'officier perd tout caractère ; il y a faute, sur-

[1] S'il en est autrement dans les États-Unis, où la magistrature a incontestablement le droit de se refuser à appliquer les lois inconstitutionnelles, c'est que, la constitution elle-même pouvant être modifiée sans perturbation sociale, cette prérogative ne tend pas à rendre le pouvoir judiciaire supérieur à tous les autres. (Voyez M. de Tocqueville, *de la Démocratie en Amérique*, tom. I, ch. VI.)

tout dans un pays où les décisions de l'autorité sont rendues publiques par la voie de la presse, à ignorer la destitution ou la suspension dûment notifiée.

356. La seconde condition exigée de l'officier, pour que l'authenticité soit conférée à l'acte, c'est qu'il instrumente dans les limites de son ressort. Cette règle n'avait pas autrefois l'importance qu'elle a acquise aujourd'hui. Indépendamment de la prérogative dont jouissaient certains notaires, notamment ceux des châtelets de Paris, Orléans et Montpellier, qui pouvaient instrumenter dans tout le royaume; la règle que chaque notaire devait exercer dans son ressort n'était pas considérée comme prescrite à peine de nullité[1], et n'avait pour sanction qu'une amende dans le dernier état de la jurisprudence (voir la loi du 16 octobre 1791, tit. 1, sect. 1, art. 5, ainsi qu'un arrêt de rejet du 5 avril 1836). Les lois modernes ont rétabli sévèrement le principe qui veut qu'un fonctionnaire, hors du territoire qui lui est assigné, ne soit plus qu'un simple particulier, et dès lors la nullité des actes reçus hors de ce territoire a dû être prononcée (loi de ventôse, art. 6 et 68). C'est pour cela qu'on exige la mention du lieu où l'acte est passé (*ib.*, art. 12), mention qui serait utile, mais non substantielle, dans les actes sous seing privé, que l'on peut faire partout. En exigeant cette mention, la loi force le notaire qui instrumenterait hors de son ressort, ou bien à faire un acte nul, s'il s'abstient d'y insérer une énonciation mensongère, ou bien, dans le cas contraire, à faire un faux, et à s'exposer ainsi aux peines les plus graves[2].

[1] Il en était autrement au seizième siècle; on tenait alors strictement, suivant ce que nous rapporte Boiceau (Preuve par témoins, liv. II, ch. IV), à ce que le notaire n'instrumentât pas hors de son ressort.

[2] C'est ce que la cour de cassation a décidé plusieurs fois, notamment le 16 novembre 1832. MM. Chauveau et Hélie (*Théorie du Code pénal*, tome III, ch. 22, § 2) veulent, pour qu'il y ait faux dans l'espèce, con-

357. Dans le ressort même qui est affecté aux notaires, ils ne peuvent exercer leur ministère à l'égard de toute personne. Il leur est défendu (*ib.*, art. 8) de recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties : de plus ils ne peuvent recevoir des actes où ils seraient intéressés eux-mêmes. C'est ce qu'a voulu exprimer la fin de l'article 8, qui ajoute : *ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur;* expressions qui grammaticalement pourraient se rapporter aux parents des notaires, aussi bien qu'aux notaires eux-mêmes, mais qui, en raison, ne peuvent s'appliquer qu'à ces derniers, puisque autrement elles ne contiendraient qu'une redondance inutile. Rien de plus juste d'ailleurs que d'interdire au notaire la faculté de rendre témoignage dans son propre intérêt. Mais nous avons vu (n° 336) que c'était bien mal à propos, et par suite d'une véritable confusion de langage, qu'on avait voulu appliquer l'article 175 du Code pénal à un notaire qui avait pris un intérêt à la créance constatée par un *acte* qu'il avait reçu lui-même. Il y a là une nullité et une infraction disciplinaire, mais nullement un délit caractérisé, délit qui ne saurait exister que si le notaire avait eu la surveillance de la créance même, à laquelle il avait pris intérêt, et non de l'acte destiné à la constater.

358. L'officier supposé capable et compétent, il faut encore que l'acte soit reçu *avec les solennités requises*

formément à un arrêt de la même cour du 4 mars 1825, qu'il y ait eu intention de nuire à l'intérêt des parties. Cette doctrine nous semble trop relâchée. Il faut répondre, avec l'arrêt de 1832, « que cette fausse » énonciation, ayant pour but de tromper et d'éluder la prévoyance et la » volonté du législateur, et d'ailleurs étant préjudiciable à autrui (puisque » l'acte est nul), emporte par cela seul l'intention et la moralité crimi- » nelle du crime de faux. »

(Code civil, art. 1317). Ces solennités se rattachent, soit à la qualité des personnes qui le reçoivent, soit aux règles à suivre dans sa rédaction.

359. « Les actes » dit l'article 9 de la loi de ventôse, » seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, » et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte » sera passé. » Cette disposition, dont le principe remonte à une ordonnance du 1er décembre 1437, est nécessaire pour donner aux parties des garanties contre la prévarication des officiers publics. L'accord de deux notaires pour falsifier les conventions des parties est infiniment moins probable que la malversation d'un seul. La présence des témoins que l'on a appelés *instrumentaires* à raison de leur concours à l'acte (*instrumentum*) se justifie par le même motif.

360. Mais d'abord, en ce qui concerne l'assistance de deux notaires, lorsqu'il n'y a pas de témoins à l'acte, une grave question est agitée. Suffit-il qu'un notaire rédige la minute et qu'un second notaire la signe après coup? Ou bien faut-il que tous deux assistent réellement à l'acte? Le texte de la loi, qui ne fait aucune différence entre les deux notaires, est décisif en faveur de cette dernière opinion. Les actes doivent être *reçus* par deux notaires [1]. Or ce n'est pas recevoir un acte que d'y apposer après coup une signature de confiance. La garantie que l'on a voulu obtenir se trouve singulièrement affaiblie, lorsque le second notaire ne s'assure point par lui-même de l'identité des déclarations des parties avec la rédaction, qui est l'œuvre exclusive de son confrère.

[1] Il est vrai que l'insertion du mot *conjointement* avait été proposée par le Tribunat, pour mieux indiquer la présence effective des deux notaires, et que cette insertion n'a pas eu lieu. Mais, quoi qu'en dise M. Locré, rien ne prouve qu'en s'abstenant d'insérer dans la loi un mot qui après tout était surabondant, on ait voulu autoriser la non présence de l'un des notaires.

Mais il est souvent difficile, dans la pratique, d'obtenir l'assistance de deux notaires, et la prescription de l'ordonnance de 1437 était tombée en désuétude dans l'ancien droit, excepté pour certains actes d'une haute importance, tels que les testaments. L'article 14 des statuts et règlements de la communauté des notaires au Châtelet de Paris, homologués par un arrêt du parlement du 13 mai 1681, portait que les notaires seraient obligés de signer l'un pour l'autre les actes et contrats non contraires aux ordonnances et bonnes mœurs, dont ils seraient requis, sans le pouvoir refuser. Cette disposition pouvait être très-commode pour les notaires; mais elle n'a été reproduite par aucune décision légale postérieure à la loi de ventôse, laquelle exige l'assistance des deux notaires, à peine de nullité. Le motif pratique que l'on invoque serait fondé pour certaines localités, si l'on exigeait impérieusement la présence de deux notaires. Mais on peut suppléer facilement au second notaire par l'assistance de deux témoins instrumentaires, que, dans l'état actuel de l'instruction en France, il est toujours assez facile de se procurer. Toutefois l'habitude vicieuse de faire signer après coup le notaire en second s'est assez généralement maintenue, et de cette habitude même on a tiré un singulier argument contre l'article 9 de la loi de ventôse; on a soutenu qu'il était abrogé par désuétude. Mais cette allégation ne paraît fondée, ni en droit, ni en fait. En droit, il n'est pas possible d'admettre que la négligence du gouvernement et des parties intéressées puisse amener l'abrogation d'une loi aussi précise et aussi récente. Cette manière tacite d'exercer le pouvoir législatif était bonne à Rome, où ce pouvoir appartenait au peuple en masse. Alors Julien pouvait dire (l. 32, § 1, ff., *de legib.*) : *quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* Cette prétention

eût pu être encore fondée dans notre ancienne jurisprudence, lorsque la coutume était une des principales sources du droit. Mais rien de pareil chez nous aujourd'hui. L'autorité législative n'appartient actuellement qu'à certains corps politiques, fonctionnant d'après des règles déterminées. On peut donc répéter ce que disait Constantin (l. 2, Cod., *quæ sit long. consuet.*), à une époque où la souveraineté avait cessé d'appartenir au peuple. *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* Il est vrai qu'une loi, sans avoir été positivement abrogée, peut cesser d'être applicable, lorsque les motifs qui l'avaient dictée n'existent plus. Mais est-il bien certain, en présence des désordres souvent si éclatants du notariat, qu'il y ait eu excès de précautions dans la loi de ventôse? En fait, on ne trouve pas, dans l'espèce, ce consentement unanime, nécessaire pour qu'il puisse y avoir désuétude. Il y a toujours eu des notaires qui, en se conformant scrupuleusement à la loi, ont protesté par leur conduite contre cette prétendue abrogation. Il y a toujours eu des réclamations énergiques en faveur d'une prescription dont la violation flagrante rappelle les scandales de l'ancienne France, où les ordonnances les plus positives n'étaient souvent qu'une lettre morte dans la pratique. Toullier surtout s'est élevé contre cet abus avec une chaleur et une persévérance qu'il n'a pas toujours employées à la défense d'aussi bonnes causes.

Un arrêt de rejet du 6 août 1833 avait donné son approbation à ce singulier système, qui regardait comme tacitement abrogée en ce point la loi de ventôse, sauf ce qui concernait certains actes plus importants, tels que les testaments. Mais, le 9 août 1836, la cour de cassation a également rejeté le pourvoi contre un arrêt qui avait permis d'attaquer par l'inscription de faux un acte auquel le se-

cond notaire n'avait pas assisté. Enfin un arrêt de cassation du 25 janvier 1841, rendu sur une question à peu près identique, celle de la présence effective des témoins instrumentaires[1], consacre nettement par ses considérants la doctrine que nous avons admise :

« Attendu que les contraventions à une disposition lé» gislative ne sauraient être légitimées par leur nombre » même ;

» Attendu qu'en supposant l'existence presque géné» rale de l'usage de passer les actes notariés hors la pré» sence des témoins, et de se contenter de la signature des » témoins (ce qui serait une vaine formalité sans cause et » sans utilité), un pareil usage, en opposition avec une » loi portée dans un intérêt d'ordre public, serait un abus » qui ne doit pas être consacré;

» Attendu que, si, sous un régime où la coutume était » loi, l'usage pouvait abroger une loi, il n'en saurait être » ainsi dans un temps où la loi toujours écrite est rendue » légalement notoire à tous. »

La nouvelle attitude qu'a prise la cour régulatrice par cette importante décision a enfin éveillé la sollicitude du gouvernement. On discute maintenant un projet de loi qui tend à restreindre à certains actes la nécessité de la présence effective du second notaire. Quelque parti qu'on prenne pour l'avenir, il convient surtout d'assurer la stabilité des contrats et la paix des familles, en validant pour le passé, ainsi que le propose le gouvernement, les actes dans lesquels on a contrevenu à la loi de ventôse, en vertu d'une erreur trop longtemps partagée par la jurisprudence et par les auteurs les plus accrédités.

361. Une disposition qui a toujours été rigoureuse-

[1] La question du notaire en second a été résolue *in terminis* dans le même sens par un arrêt de la cour de Nîmes du 12 janvier 1841.

ment observée, c'est celle de l'article 8 de la loi de ventôse ; renouvelée d'un arrêt de règlement de 1550, qui interdit aux notaires parents ou alliés, à l'infini, en ligne directe, et jusqu'au troisième degré, en ligne collatérale, de concourir au même acte ; mais aucune décision moderne ne reproduit la défense, faite aux notaires par le parlement de Paris, le 10 février 1615, de se réunir au nombre de plus de deux pour la passation de leurs actes, de crainte que le secret des parties ne fût compromis. Cet abus du reste, si tant est qu'il y eût abus, est peu à craindre, les officiers publics n'étant guère disposés à venir assister bénévolement à des opérations d'où ils ne pourraient retirer aucun émolument.

362. En ce qui touche la présence des témoins instrumentaires, le texte de l'article 9 n'est pas moins formel. Les mêmes motifs s'élèvent contre la pratique qui tend à se contenter de leur signature. Et nous venons de voir que c'est précisément sur ce point qu'est intervenu le mémorable arrêt de cassation du 25 janvier 1841. On propose du reste également aujourd'hui de n'exiger leur présence que pour les actes les plus importants.

363. Quant aux conditions de capacité que doivent réunir les témoins, l'art. 9 exige d'abord qu'ils soient *citoyens français*. Pour soutenir que ces mots, ainsi que l'a jugé un arrêt de rejet du 10 juin 1824, ne doivent pas être pris à la lettre, on invoque, soit la nature des fonctions de témoin, qui n'a rien de politique, soit le vocabulaire en usage sous la république française, qui tendait à généraliser le sens du mot *citoyen* (on sait que les femmes mêmes étaient appelées *citoyennes*). Mais il n'y a rien d'extraordinaire à considérer comme une sorte de mission publique le ministère de celui qui est appelé à contrôler la gestion d'un officier public, avec la faculté d'appeler sur sa tête la peine de faux, en cas de prévarica-

tion. Il n'est pas d'ailleurs sans intérêt pour la société de pouvoir écarter les faillis, les serviteurs à gages, les condamnés à une peine afflictive ou infamante, etc., auxquels les articles 4 et 5 de la loi du 22 frimaire an VIII refusent l'exercice des droits de citoyen français. Quant au vocabulaire de l'époque, il ne faut pas transporter les dénominations et les idées qui avaient cours sous la convention, à l'époque du consulat, sous lequel les tendances républicaines étaient singulièrement effacées. N'est-ce pas d'ailleurs l'article 7 du Code civil, promulgué le 27 ventôse an XI, c'est-à-dire presque en même temps que la loi sur le notariat, qui a déclaré l'exercice des droits civils indépendant de la qualité de citoyen ? Aussi est-ce en connaissance de cause que l'art. 980 du même Code n'a exigé des témoins aux testaments que la qualité de *républicoles*, remplacée dans la rédaction actuelle par celle de *sujets du roi*. Le projet de Code (titre des donations et testaments, art. 73) exigeait *l'exercice des droits politiques;* ce qui fut supprimé par le conseil d'État. Le rapport de M. Jaubert au tribunat sur le titre des donations fait bien ressortir le droit commun et l'exception en cette matière : « Quelques observations sur les témoins testamentaires, » dit-il : il suffit qu'ils jouissent des droits civils, tandis » que, pour les actes publics ordinaires, où à la vérité il » n'en faut que deux, il est indispensable qu'ils jouissent » des droits politiques. » Si notre ancienne législation n'exigeait dans tous les cas que la qualité de *régnicole*, c'est qu'il n'y avait guère lieu alors à s'occuper des droits politiques, les états généraux n'étant pas même convoqués une fois par siècle.

Nous considérons du reste comme citoyen français tout majeur de vingt et un ans, qui n'est pas dans un cas d'incapacité. L'article 2 de la constitution de l'an VIII, qui exigeait l'inscription sur un registre civique, et la rési-

dence d'un an sur le territoire français, paraissait reculer jusqu'à vingt-deux ans la majorité politique; et c'est probablement pour ce motif que la loi du 20 avril 1810, article 64, n'a permis d'exercer les fonctions de substitut du procureur impérial (aujourd'hui du procureur du roi), qu'à l'âge de vingt-deux ans. Mais à présent que l'inscription sur un registre civique est complétement tombée en désuétude [1], il n'y a aucun motif pour séparer la majorité civile et la majorité politique. Dans l'espèce, il est d'autant plus raisonnable d'admettre à vingt et un ans les témoins instrumentaires, qu'on les admettait autrefois à vingt ans, alors pourtant qu'il fallait en avoir vingt-cinq pour atteindre la majorité ordinaire.

Mais ce que nous avons dit de la capacité putative du notaire doit s'appliquer également à la capacité putative des témoins. Ainsi, quand ils auront encouru une condamnation ignorée de tous ceux avec qui ils se trouvaient en relation, une erreur, qui était invincible, ne devra pas entraîner la nullité de l'acte. Un arrêt de rejet du 28 juillet 1831, s'est prononcé en ce sens. Mais la cour d'Aix a été trop loin, quand elle a décidé, le 30 juillet 1838, que l'erreur commune suffisait pour valider l'acte qu'avait signé comme témoin un cordonnier patenté, mineur de vingt et un ans, qui passait dans le pays pour majeur. Il est facile de se faire représenter un extrait des registres de l'état civil, et c'était un singulier moyen de vérification pour un notaire, que de s'en rapporter à la

[1] Cette abrogation par désuétude peut paraître en contradiction avec la doctrine que nous avons émise (nº 360) sur ce mode d'abrogation dans notre état social. Mais il faut remarquer qu'il s'agit ici d'une disposition réglementaire, appartenant à une institution dont les principales dispositions n'existent plus, puisqu'elles se rattachaient à un système tout à fait différent de celui qui nous régit aujourd'hui ; tandis que la loi de ventôse an XI est la loi en vigueur sur le notariat. Ici la désuétude se trouve en quelque sorte consacrée par le silence des constitutions postérieures de 1814 et de 1830. Rien de pareil pour le notaire en second.

rumeur publique, sur l'existence d'une qualité qu'il pouvait si aisément constater. Ce serait tout au plus dans le cas de production d'un faux acte de naissance, qu'il serait possible d'effacer favorablement la nullité.

364. La seconde condition de capacité, requise des témoins, sur laquelle il ne peut y avoir d'équivoque, parce qu'elle est toute de fait, c'est celle qui consiste à savoir signer. L'ordonnance de Blois de 1579 (art. 166) voulait que dans les villes et gros bourgs il y eût un des témoins qui sût signer, mais seulement dans le cas où les parties ne signeraient point elles-mêmes. L'usage de l'écriture étant bien plus répandu de nos jours, la loi de ventôse a voulu que, dans tous les cas, les deux témoins fussent capables de signer : mais une tolérance, analogue à celle de l'ordonnance de Blois, existe quant aux testaments authentiques, pour lesquels un plus grand nombre de témoins est exigé. L'article 974 du Code civil se contente alors de la signature de la moitié des témoins, dans les *campagnes*. Aujourd'hui, comme jadis, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, d'après l'importance de la localité, si elle doit, ou non, être considérée comme campagne (arr. de rej. du 10 juin 1817 et du 10 mars 1829).

365. En troisième lieu, ils doivent être domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Des personnes du pays sont plus à même de reconnaître la sincérité des déclarations faites par les parties. Il est aussi plus facile de les retrouver ensuite, quand on a besoin d'invoquer leur témoignage.

366. Le même degré de parenté ou d'alliance qui ne doit pas exister entre le notaire et les parties, ne doit pas exister non plus entre les témoins et le notaire, ni entre les témoins et l'une des parties contractantes (loi de vent., art. 8). Mais il n'y avait aucun motif sérieux pour

interdire à deux parents de porter témoignage ensemble *Nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.* (Voy. Institut, § 8, *de test. ordin.*)

367. Nous avons achevé ce qui concerne les personnes dont le ministère donne l'authenticité à l'acte notarié. Parlons maintenant des formalités matérielles requises pour la validité intrinsèque de cet acte.

368. On doit y énoncer (loi de vent., art. 12.) le lieu, l'année et le jour où il est passé; ce qu'on appelle la date, du mot *datum*, usité dans le style latin de la chancellerie du saint Siége, pour indiquer que la pièce avait été émise à telle époque. On ne parle pas du mois, que cependant il n'est pas possible d'omettre au fond, peut-être pour empêcher qu'on n'annule un acte daté par relation à une fête dont il serait facile de vérifier la date, par exemple, *de la veille de la Toussaint.* L'ordonnance de Blois de 1579 voulait (art. 167) qu'on indiquât si l'acte avait été passé avant ou après midi. Cette mention, qui n'est plus exigée, avait alors une haute importance, puisqu'il était essentiel de constater exactement la date des actes notariés, qui emportaient hypothèque à partir de cette date. Elle peut être utile aujourd'hui pour établir la préférence entre deux acheteurs qui auraient acheté le même immeuble, le même jour, de la même personne.

La même ordonnance exigeait (même article) la mention de la maison où l'acte était passé, de ce que Dumoulin appelle le *locus loci.* La loi de ventôse parle simplement du lieu; ce qui s'entend d'ordinaire de la commune où le notaire instrumente. On a voulu seulement bien constater, ainsi que nous l'avons remarqué, qu'il agissait dans les limites de son ressort. Aussi la cour de Riom a-t-elle décidé le 18 mai 1841, conformément à plusieurs arrêts antérieurs de diverses cours, que la mention du *locus loci* n'était pas indispensable: mais elle peut

être utile, pour le cas où l'acte serait attaqué par la voie de l'inscription de faux.

369. L'insertion des noms et demeure des témoins instrumentaires est également requise (*ib.*); il faut qu'on puisse les retrouver au besoin. D'ailleurs c'est la meilleure garantie que le notaire n'emploiera que des témoins domiciliés, puisque autrement il serait dans l'alternative de faire un acte nul, ou de commettre un faux.

370. La signature du notaire le faisant suffisamment reconnaître, l'insertion de ses noms et lieu de résidence dans le corps de l'acte n'est pas substantielle. Quant aux parties, elles doivent être désignées clairement; sinon, l'écrit serait en fait insuffisant comme preuve. Mais la mention de leur demeure n'a pas d'importance, puisque la compétence de l'officier n'est pas personnelle, mais territoriale. Enfin la règle qui enjoint au notaire (*ib.*, art. 11), s'il ne connaît les parties, de se faire attester leurs noms, état et demeure, par deux citoyens ayant les qualités requises pour être témoins instrumentaires, a trait à la responsabilité de l'officier, quant à l'identité des parties, mais nullement à la validité de l'acte en lui-même.

371. Jusqu'à l'ordonnance de 1560 (art. 84), la signature des parties n'était pas exigée, lors même qu'elles savaient signer. La connaissance de l'écriture étant peu répandue au moyen âge, le cas où les parties savaient signer était rare, et dès lors on ne s'en était pas occupé. La décision de Charles IX fut provoquée par le nombre considérable de faux qu'avait occasionné, dans le seizième siècle, cette trop grande latitude laissée aux notaires. C'est de la législation de cette époque, où, sous l'inspiration du chancelier L'Hospital, s'opérèrent tant d'importantes réformes, que nous est venue l'obligation (loi de vent., art. 14) de faire signer les parties, si elles savent

le faire, et de mentionner leurs signatures, ou, si elles ne peuvent signer, de mentionner cette impossibilité. Nous avons déjà fait observer combien la nécessité de la mention est salutaire, en aggravant la responsabilité de l'officier qui contreviendrait à la loi. De plus, en matière de testaments, la signature est si importante, qu'on exige, lorsqu'elle manque, mention expresse, non-seulement de la déclaration que le testateur ne peut signer, mais encore de la cause qui l'empêche de le faire (Code civil, art. 973).

La règle que les parties doivent signer n'est pas du reste applicable à tous les actes authentiques. Quand le législateur autorise purement et simplement un officier à faire un acte de son ministère, il est présumé avoir reçu pouvoir de ses clients, tant que le contraire ne soit prouvé. Telle est la pratique constante, en ce qui concerne les avoués et les huissiers. La signature des parties n'est exigée à leur égard qu'exceptionnellement, par exemple, pour l'exploit d'opposition à un mariage (Code civil, art. 66), et pour la formation au greffe du désaveu d'un officier ministériel (Code de proc., art. 353).

Quant aux témoins, il faut toujours qu'ils signent, sauf l'exception que nous avons signalée pour les testaments, et que mention soit faite de leur signature, ou bien, si on se trouve dans le cas de l'exception, de l'impossibilité où ils sont de signer (même art. 14).

Enfin, la signature du notaire lui-même est évidemment essentielle. Elle seule engage sa responsabilité, et donne à l'écrit le caractère de l'authenticité, qui s'attache à la notoriété de cette signature. Un arrêt de rejet du 25 mars 1834 a décidé, en conséquence, qu'un acte, auquel manquait cette formalité essentielle, n'était pas même passible du droit d'enregistrement, et il faut en dire autant du cas où manquerait la signature d'une

partie ou d'un témoin. La signature du notaire remplace le sceau qui, jusqu'en 1535 (voy. un arr. de Toulouse du 10 mai 1838), était chez nous, comme jadis à Rome, la seule garantie de la sincérité de l'acte. *Infinita pene vidi antiqua instrumenta*, dit Boiceau (*Preuve par témoins*, préface, § 3), *quæ nullo tabellionis signo, sed sola cujusdam antiqui sigilli appensione munita erant.* Aujourd'hui chaque notaire doit encore avoir un sceau particulier (loi de vent., art. 27); mais nous verrons que l'apposition de ce sceau n'est pas même nécessaire comme formalité extrinsèque.

La lettre de l'article 14 de la loi de l'an XI prescrivait aussi la mention de la signature du notaire : mais le conseil d'État (avis du 20 juin 1810) a reconnu que cette mention était tout à fait surabondante. Si la signature du notaire est véritable, la mention de cette signature est parfaitement inutile; si elle n'est pas véritable, il y a faux caractérisé par cela même, et le second faux, que contiendrait la mention mensongère, n'ajouterait rien à la pénalité encourue par le fait seul de la fausse signature.

372. Afin que les actes reçus par le notaire aient le caractère de stabilité qui les distingue spécialement des actes sous seing privé, il faut que le notaire en demeure dépositaire. De là l'obligation de garder minute, et de ne délivrer aux parties que des expéditions. Cette règle salutaire ne s'introduisit que lentement dans l'ancienne jurisprudence, et seulement pour certains actes d'une plus haute importance. Sous la loi de ventôse (art. 20), c'est l'obligation de garder minute qui est devenue la règle; il n'y a d'exception (même art.) que pour « les certificats » de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de » fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions » et rentes, et autres actes simples qui, d'après les lois,

» peuvent être délivrés en brevet. » Mais par *actes simples*, il faut entendre ici ceux qui n'ont qu'un intérêt faible et passager, et non pas, comme on l'a prétendu, ceux qui émanent d'une seule volonté, tels que les testaments. Cette interprétation, aussi dangereuse qu'erronée, a été proscrite avec raison par un avis du conseil d'État du 7 avril 1821.

373. Une dernière nullité, qui n'est que partielle, frappe les mots surchargés, interlignés ou ajoutés (*ib.*, art. 16). Cette nullité peut réagir sur l'acte tout entier, si les mots vicieux sont essentiels, par exemple, s'il s'agit de la date. Mais le droit moderne n'a plus prononcé dans tous les cas, comme l'avait fait un règlement beaucoup trop rigoureux de 1683, la nullité de l'acte, à raison des ratures qui s'y trouveraient. Il ne déclare pas non plus que les ratures faites sans une approbation en forme seront considérées comme non avenues, ainsi qu'on le décide pour les additions non approuvées (*ib.*, art. 15 et 16). Le législateur ne se prononce pas sur le sort des mots rayés. Il n'est pas douteux cependant en principe que les ratures, si elles ont été faites volontairement lors de la rédaction de l'acte, ne soient valables, bien que non approuvées, sauf l'amende encourue par le notaire. Il n'est pas douteux non plus que les ratures faites postérieurement ne doivent être considérées comme non avenues. Mais, dans le doute, que devra-t-on présumer ? que le notaire s'est conformé aux prescriptions de la loi, et que dès lors il n'y a de ratures faites du consentement des parties que celles qui ont été approuvées. Autrement, il suffirait de la malveillance d'un tiers, qui se trouverait accidentellement détenteur de la minute, pour détruire la preuve des droits les plus importants. Il faudra donc en général, et sauf l'appréciation des circonstances, maintenir les mots rayés sans approbation, tant qu'on

n'établira pas que la radiation a eu lieu lors de la confection même de l'acte.

374. En dehors des prescriptions de la loi de ventôse, il paraît constant que la disposition de l'ordonnance de 1539 (art. 10 et 11), qui veut que tous actes soient rédigés *en langage maternel français*, est encore en pleine vigueur. Beaucoup de décisions du gouvernement français, tant ancien que moderne, ont maintenu impérieusement cette règle, qui est en parfaite harmonie avec notre tendance à la centralisation et à la régularité administrative. Un décret (du 2 thermidor an II, art. 3) est venu y donner une nouvelle sanction, en prononçant la peine de six mois d'emprisonnement et la destitution contre tout fonctionnaire ou officier public, qui rédigerait ou recevrait des actes quelconques en une autre langue que la française.

Un arrêté du gouvernement du 24 prairial an XI, en reproduisant cette règle pour les pays réunis, a prescrit aux officiers publics de mettre à mi-marge de l'original français, la traduction en idiôme du pays, lorsqu'ils en sont requis par les parties [1] : prescription encore applicable aujourd'hui, soit pour les étrangers, soit pour les parties de la France où le français n'est pas la langue populaire. Mais cette prescription, qui concilie les nécessités de la pratique avec les exigences légales, suppose que le notaire entend la langue de son client, qui ne sait pas le français. S'il en est autrement, il faut prendre un interprète, et alors, suivant certains auteurs, l'inter-

[1] Un arrêt de rejet du 1er mars 1830 a même admis qu'on pouvait accorder l'*exequatur* à une sentence arbitrale écrite en langue étrangère, pourvu qu'on y joignît une traduction faite par un interprète juré. On peut dire, à l'appui de cette décision, que la sentence arbitrale ne reçoit de caractère officiel que par l'ordonnance d'*exequatur*, laquelle n'est délivrée que sur le vu de la traduction.

prète doit réunir les conditions de capacité exigées des témoins instrumentaires. Mais c'est là, suivant nous, faire la loi. Sans doute il conviendra de prendre, si on le peut, l'interprète parmi les témoins instrumentaires eux-mêmes. Au cas contraire, le tiers appelé rend un service qui n'a aucun caractère officiel, et on ne saurait, sans arbitraire, lui imposer aucune condition de capacité. Souvent des étrangers seront ceux qui rempliront le mieux cet office; comment dès lors exiger la qualité de citoyen français? Il nous semble que l'interprète joue ici purement et simplement le rôle d'un *sapiteur* dans une expertise (voir n° 70).

Quant aux témoins instrumentaires, la cour de cassation a jugé (arr. de rej. du 14 juillet 1818), conformément à de nombreux arrêts de cours royales, que c'est au juge à examiner en fait si, bien qu'ignorant la langue dont se servent les parties, ils ont été suffisamment instruits par le notaire de ce qui se passait en leur présence. Et cependant il est difficile que le ministère de pareils témoins soit sérieux, puisqu'ils reçoivent tous leurs renseignements du fonctionnaire même qu'ils ont mission de surveiller. D'un autre côté exiger, d'une manière absolue, que les témoins connaissent la langue dont se servent les parties, ce serait souvent demander l'impossible. Il faut avouer que la législation laisse quelque chose à désirer sur ce point. Peut-être conviendrait-il de distinguer suivant les localités, et d'exiger, par exemple, que les témoins entendissent l'allemand en Alsace, si le testateur ne sait que l'allemand; tandis que, pour les autres parties de la France, où, à part quelques grandes villes, la connaissance de l'allemand est assez rare, on devrait être moins rigoureux.

§ 2. Effet de l'absence des conditions essentielles à la validité des actes notariés.

375. L'absence de quelqu'une des conditions nécessaires pour qu'il y ait authenticité, suffit pour enlever tout effet à l'acte, quand la convention, à raison de sa nature spéciale, comme une donation ou un contrat de mariage, devait être revêtue des formes authentiques, à peine de nullité. Mais, lorsque l'authenticité, comme cela arrive d'ordinaire, n'était requise que pour la preuve, l'effet de la nullité n'est plus nécessairement absolu. Il faut voir alors si la volonté des parties a été de subordonner leur consentement à l'existence d'un acte notarié, ou bien si elles ont entendu traiter à tout événement. Dans le premier cas, il n'y a rien de fait. Dans le second, au contraire, non-seulement la convention existe et peut être prouvée par tous les moyens légaux, indépendamment de l'acte; mais l'acte lui-même peut encore être invoqué, si on y retrouve l'élément essentiel pour qu'il puisse valoir au moins comme acte sous seing privé, la signature des parties. « L'acte qui n'est pas authentique, » dit l'article 1318 du Code civil, qui ne fait que reproduire l'article 68 de la loi de ventôse « par l'incompétence ou l'incapacité de » l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écri» ture privée, s'il a été signé des parties. » Nous avons expliqué plus haut (n° 354) qu'il ne fallait pas entendre ici par *incapacité* celle qui tiendrait à un vice que les parties n'auraient pu soupçonner, et qu'en ce cas l'acte devait conserver toute sa force.

Cette doctrine raisonnable, qui ne veut pas que l'absence de certaines formes puisse détruire la convention, lorsque ces formes n'ont été considérés par les parties que comme une précaution complémentaire, est fort ancienne

en jurisprudence. Les jurisconsultes romains avaient déjà résolu par l'affirmative (l. 8, pr., ff. *de acceptil.*) la question de savoir *an inutilis acceptilatio utile habeat pactum*, mais toujours en supposant qu'il y avait concours de volontés pour remettre la dette à tout événement. On faisait déjà au seizième siècle l'application de cette doctrine aux actes notariés entachés de quelque nullité, ainsi que nous le rapporte Boiceau (*Preuve par témoins*, liv. II, ch. IV). *Numquid ex tali scripto*, dit-il, *tanquam ex chirographo privato, creditor uti poterit in debitorem, hoc modo: Peto à Titio, ut signum suum agnoscat, tali instrumento appositum, quo fassus est, se mihi debere centum, eique hoc nomine subscripsit, ut agnitione facta solvere compellatur. Puto quod hæc actio inepta non esset, non quidem virtute et authoritate notariorum, sed virtute solius subscriptionis factæ per debitorem, quam denegare viro probo indignum erit.* Et cette théorie avait été ainsi formulée par Dumoulin (*ad leg.* 1, § 2, ff., *de verb. oblig.*, n° 34) : *si actus non valet ut agitur, valeat ut valere potest, concurrente voluntate.*

376. Pour que l'acte puisse avoir ainsi subsidiairement la valeur d'un écrit privé, il faut qu'il soit signé des parties, et même, d'après l'article 68 de la loi de ventôse, *de toutes les parties contractantes*. Cela ne veut pas dire que l'acte qui constate un contrat unilatéral, tel qu'un prêt, doive avoir été signé du créancier, aussi bien que du débiteur. Il s'agit, comme le dit Boiceau, de la *subscriptio facta per debitorem*. Si la loi sur le notariat parle de toutes les parties, c'est qu'elle a en vue les contrats synallagmatiques, pour la preuve desquels il importe que chacune des parties ait signé, les deux engagements étant cause l'un de l'autre. Il y a plus de doute dans le cas où, plusieurs personnes devant s'engager solidairement par un même acte, l'une d'entre elles seulement a signé. Des auteurs graves pensent que le créancier peut

s'emparer de cette signature isolée, en soutenant que l'accession des codébiteurs solidaires n'était exigée que dans son intérêt à lui, intérêt auquel il lui est loisible de renoncer. Mais la position du codébiteur, qui se trouve seul engagé, et privé du recours sur lequel il pouvait compter vis à vis des codébiteurs qui ont disparu, n'est-elle pas singulièrement aggravée? Il faut donc décider, avec un arrêt de rejet du 26 juillet 1832, que, sauf la preuve contraire résultant des circonstances, et notamment de celle que les codébiteurs, dont les signatures manquent, ne seraient que des cautions, le défaut de signature de la part de l'un de ces codébiteurs annule entièrement la convention, et par conséquent l'acte lui-même.

377. Mais, pour que l'acte, auquel manque l'authenthenticité, puisse valoir comme écrit privé, faudra-t-il qu'on y retrouve les conditions spéciales auxquelles nous verrons que la loi subordonne la validité de ces sortes d'écrits, telles que la rédaction en double original, s'il s'agit d'un contrat synallagmatique? Exiger toujours l'observation de ces conditions, ce serait retirer d'une main ce que l'on accorde de l'autre. Car il est évident que les parties qui se sont adressées à un notaire afin de constater leurs conventions, n'ont pas pu s'assujettir à des formes qui ne sont pas requises dans les actes publics. Il était inutile, par exemple, de jamais faire double un acte de cette nature, puisqu'on ne pouvait craindre que l'original fût supprimé par l'un des contractants, la minute demeurant toujours entre les mains du notaire. Il ne faudra donc pas, en général, s'attacher à des conditions que la nature de l'acte ne comportait pas, et qui offrent d'ailleurs peu d'utilité, quand on a pour garantie la présence d'un officier public, bien qu'ayant irrégulièrement instrumenté. C'est ce qu'a décidé un arrêt de rejet du 8 mai 1827.

Mais cette décision favorable n'est admissible qu'autant que l'acte est au moins revêtu des apparences de l'authenticité. Or l'incapacité de l'officier peut être telle qu'il y ait faute grossière de la part des parties à l'ignorer; si elles chargent, par exemple, un homme étranger au notariat, tel qu'un huissier, de faire un acte notarié. Sans doute l'acte reçu par cet huissier peut valoir comme écrit privé, en ce sens que je puis être autorisé à faire vérifier la signature de mon débiteur, s'il a entendu s'obliger envers moi, indépendamment de la forme notariée. Mais, comme l'officier auquel on s'est adressé ne présente pas les garanties qui pouvaient dispenser de l'observation des règles sur les écritures privées, il faudra en revenir à ces règles, et exiger, par exemple, que l'écrit soit fait double, lorsque la loi l'exige. On devrait en dire autant (arr. de la cour de Paris, du 17 décembre 1829), dans le cas où manquerait la signature du notaire. Il n'y a plus rien qui ressemble à l'authenticité, en l'absence de cette formalité essentielle, qui seule constate la présence de l'officier, et engage sa responsabilité.

378. On peut donc distinguer quatre hypothèses bien distinctes :

1° L'acte est reçu par un officier capable et compétent, et revêtu de toutes les formes intrinsèques voulues par la loi; alors il fait pleine foi.

2° Il est signé des parties; mais il est reçu par un notaire destitué ou incompétent, ou bien il y manque une formalité importante, mais non constitutive de l'authenticité, telle que l'insertion des noms des témoins; et alors il a besoin d'être vérifié, mais, comme il a l'apparence de l'authenticité, il est dispensé des règles spéciales aux écrits privés, notamment de la théorie des doubles.

3° L'acte est signé des parties, mais il est reçu par un officier radicalement incompétent, ou bien il y manque

la signature du notaire; et alors, n'ayant pas même l'apparence de l'authenticité, il ne peut valoir que comme écrit purement privé, soumis à toutes les règles applicables à cette nature d'écrits.

4° L'acte vicieux n'est pas même signé des parties; et alors il ne peut valoir évidemment, ni comme acte public, ni comme acte privé, sauf à établir, s'il est possible, par d'autres voies, l'existence de la convention.

§ 3. Formes extrinsèques des actes notariés.

379. Les formalités dont il nous reste à parler ont beaucoup moins d'importance, puisqu'elles n'ont pas trait à la foi de l'acte en lui-même, mais seulement à sa force extérieure. Les formalités intrinsèques suffisent en effet pour la validité de la minute, qui est l'original auquel on doit recourir en cas de contestation. C'est seulement lorsqu'on veut exécuter qu'il devient nécessaire de se faire délivrer une expédition revêtue de certaines formes additionnelles, la minute restant entre les mains du notaire. Cette règle est commune du reste aux jugements, qui ne s'exécutent pas sur la minute, mais sur une expédition délivrée par le greffier. Le texte du Code de procédure (art. 811) ne fait exception à cette règle que pour les ordonnances de référé, dont le juge peut autoriser, au cas d'absolue nécessité, l'exécution sur la minute. Un arrêt de rejet du 10 janvier 1814 autorise les juridictions ordinaires à procéder de même, lorsqu'il y a urgence bien constatée; et il faut avouer que se refuser à accélérer ainsi l'action de la justice, quand la nécessité l'exige, ce serait sacrifier le fond à la forme. Mais cette décision ne doit pas s'étendre aux actes notariés, dont l'exécution sera difficilement de nature à exiger célérité. On n'exécutera alors que sur la *grosse*, ainsi nommée par

opposition à la *minute*, parce qu'on l'écrivait jadis en plus gros caractères.

380. Une formalité essentielle à toute expédition, qu'elle soit ou non destinée à être exécutée, c'est la signature du notaire, sans laquelle rien ne constaterait que l'écrit émane du dépositaire légal de la minute.

381. Voyons quelles sont les formes spécialement exigées pour les expéditions exécutoires.

382. L'*exécution parée*, expressions qui viennent, suivant Loyseau, de celles employées par le Digeste (l. 40, pr. ff., *de minorib.*) : *parta ex causâ judicati persecutio*, dont a fait par corruption *persecutio* ou *executio parata*, n'était attachée dans l'origine qu'aux jugements. Les notaires étant primitivement, ainsi que nous l'avons vu, des délégués de l'autorité judiciaire, on imagina de se faire condamner à l'avance par eux, en avouant la dette : ce qui donnait à l'acte volontaire l'autorité d'une sentence. L'ordonnance de 1539 (art. 65), supprimant ces circuits frustratoires, disposa que les lettres obligatoires passées sous scel royal seraient exécutoires sur tous les biens meubles et immeubles des obligés (voy. Loyseau, *de la garantie des rentes*, ch. XII). Toutefois, lors même que les actes notariés cessèrent d'avoir un caractère judiciaire, on laissa subsister l'intitulé primitif, qui devint commun aux jugements et à ces actes.

383. D'après l'ordonnance de 1539, le sceau, qui, dans l'origine, était la plus importante des formalités intrinsèques, puisqu'il remplaçait, comme nous l'avons vu (n° 371), la signature du notaire, était devenu une formalité seulement extrinsèque, mais nécessaire pour l'exécution. Dans la suite, on ne considéra plus la nécessité du sceau que comme une exigence purement fiscale, et tout se borna à l'acquittement de certains droits. « Il » n'est plus d'usage aujourd'hui, » dit Pothier (*Traité de*

la procédure civile, part. IV, ch. II, sect. II, art. 1er, § IV), » d'apposer aucun sceau aux jugements, ou » actes par devant notaires; il suffit, pour pouvoir exé- » cuter en vertu de ces actes, que le droit de sceau ait » été acquitté, et qu'il en soit fait mention sur l'expé- » dition de l'acte en vertu duquel on saisit. » Les droits de sceau ont été abolis par la loi du 19 décembre 1790. Le sceau dont parle la loi de ventôse (art. 27) n'est plus maintenant qu'un signe de reconnaissance, utile sans doute pour rendre le faux plus difficile, mais dont l'absence ne saurait mettre obstacle à l'exécution d'un acte non suspect. C'est ainsi que la cour de Lyon a validé, le 7 mai 1825, un emprisonnement effectué sur le vu de l'expédition d'un jugement, qui n'était pas revêtue du sceau du tribunal. Ce n'est que pour les actes du gouvernement que le sceau est encore la marque essentielle de l'autorité publique. Aussi la contrefaçon du sceau de l'État est-elle punie des travaux forcés à perpétuité (Code pén., art. 139).

384. Au contraire, l'intitulé portant le nom du souverain, qui commence l'acte, et le mandement aux officiers de justice, qui le termine, ne paraissent avoir eté exigés, à peine de nullité de l'exécution, que par le Code de procédure civile. « Nul jugement, ni acte », dit l'article 545 de ce Code, » ne pourront être mis à exécution, s'ils ne » portent le même intitulé que les lois, et ne sont terminés » par un mandement aux officiers de justice. » La loi du 16 octobre 1791 (tit. I, sect. II, art. 14) avait cependant établi une formule exécutoire, parfaitement analogue à celle qui est en vigueur aujourd'hui. Mais cette formule n'était pas considérée comme essentielle pour l'exécution, à laquelle on pouvait procéder valablement (arr. de cassat. du 25 mai 1807 et du 8 août 1808) en l'absence de l'intitulé et du mandement. Aujourd'hui c'est

cette formule qui est, pour ainsi dire, le cachet de l'autorité publique, et elle est rigoureusement exigée, en ce qui touche la force extrinsèque de l'acte.

Les termes de la formule exécutoire ont été nécessairement modifiés, chaque fois qu'il y a eu un changement dans la forme du gouvernement. Mais fallait-il rectifier après coup les expéditions délivrées sous un autre régime, pour y rétablir un intitulé en harmonie avec le régime nouveau ? Une ordonnance du 30 août 1815, contraire à la pratique antérieure, prescrivit la rectification des grosses délivrées au nom d'autorités considérées alors comme usurpatrices, et n'en permit l'exécution qu'autant que l'intitulé en serait rétabli au nom du souverain actuel. Mais aujourd'hui, bien qu'une ordonnance du 16 août 1830 ait dû établir une nouvelle formule exécutoire, une circulaire du garde des sceaux du 20 décembre de la même année est revenue à l'ancienne pratique, beaucoup plus raisonnable, qui respecte le caractère des faits accomplis, en laissant subsister la formule exécutoire dont les grosses antérieurement délivrées se trouvent revêtues.

385. Comme il y avait autrefois autant de souverainetés judiciaires distinctes qu'il y avait de parlements, lorsqu'on voulait exécuter un acte au delà du ressort où il avait été rendu, il fallait obtenir un *pareatis* du grand sceau de la chancellerie royale, ou du moins un *pareatis* spécial de la chancellerie du parlement dans le ressort duquel on voulait exécuter. Si cette exécution devait être bornée à une certaine localité, on se contentait du *visa* du juge du lieu, mis au bas d'une requête. L'assemblée constituante, en établissant l'unité judiciaire comme l'unité administrative, dut supprimer ces derniers vestiges de souveraineté locale, et déclara, par la loi du 16 octobre 1791 (tit. I, sect. II, art. 13 et 15), que les actes des

notaires seraient exécutoires dans tout le royaume, sans aucun visa ni sceel; ce qu'a répété formellement l'article 547 du Code de procédure.

Toutefois, d'après cette même loi de 1791 (*ib.*, art. 18), et d'après l'article 28 de la loi sur le notariat, la légalisation[1], c'est-à-dire l'attestation par le président du tribunal de l'arrondissement où est délivrée l'expédition, que la signature du notaire est bien véritable, est nécessaire, toutes les fois qu'on veut employer l'acte au delà de certaines limites. Ces limites sont le ressort de la cour royale pour les notaires établis au chef-lieu de cette cour, et l'étendue du département pour tous les autres notaires. La légalisation ne doit pas se confondre avec le *pareatis*, puisqu'elle existait déjà autrefois, indépendamment de cette formalité, qui ne pouvait en tenir lieu. En effet la légalisation était donnée comme elle l'est aujourd'hui, par le juge du lieu où avait été passé l'acte, tandis que le *pareatis* était délivré par le pouvoir central ou par le magistrat du lieu de l'exécution. Le *pareatis* n'était exigé que pour les grosses; la légalisation, qui a trait à la sincérité de l'acte, était et est encore requise pour toute expédition, même non exécutoire, que l'on veut faire valoir au delà des limites déterminées par la loi. Enfin, quant à ces limites, la légalisation n'est exigée (loi de vent., art. 28), même en ce qui touche les notaires d'arrondissement et de canton, qu'autant qu'il s'agit d'employer l'acte au delà, non pas de l'arrondissement ou du canton, mais du département: preuve évidente qu'il s'agit, dans cette institution, du plus ou moins de notoriété de la signature du notaire, et nulle-

[1] Formalité très-ancienne, puisqu'on trouve dans le Trésor des chartes une copie des statuts des tailleurs de Montpellier, à la date de 1323, signée par deux notaires royaux, dont les signatures sont légalisées par un juge royal et par un official (juge ecclésiastique).



ment de la force exécutoire. Aussi l'absence de légalisation ne peut-elle mettre obstacle à l'exécution qu'autant que la partie défenderesse élève des doutes sur la signature, et exige une grosse légalisée. Mais une fois la saisie, par exemple, opérée sans réclamation, on ne peut l'annuler à raison de ce vice de forme. Un arrêt de rejet du 10 juillet 1817 n'a considéré avec raison l'obstacle résultant de ce vice que comme purement prohibitif.

Quant aux actes reçus par des officiers étrangers, bien que dûment légalisés suivant les formes du pays, l'exécution ne peut en avoir lieu en France sans un jugement qui l'autorise (Code de procéd., art. 547). On applique alors de nation à nation ce qu'on appliquait autrefois de provi à province.

386. Enfin il est une dernière formalité tout extrinsèque, qui n'a plus aujourd'hui l'importance qu'elle avait autrefois. Le contrôle, qui correspondait à notre enregistrement, établi pour les actes notariés dès 1581, avait alors pour objet d'en assurer la date. Aussi était-il incontestable qu'on ne pouvait exécuter sur une expédition non contrôlée. La loi du 19 décembre 1790, en créant l'enregistrement, en avait fait aussi une condition de validité intrinsèque, à défaut de laquelle (art. 9) l'*acte passé par devant notaires ne pouvait valoir que comme acte sous signatures privées*. Mais cette règle était peu en harmonie avec la foi dont jouissent les notaires, foi qui ne peut être raisonnablement subordonnée à l'accomplissement postérieur d'une formalité fiscale. Aussi la loi du 22 frimaire an VII n'a-t-elle pas reproduit cette rigueur. Il résulte de la combinaison des articles 33 et 34 de cette loi, que l'absence d'enregistrement d'un acte notarié ne peut entraîner que la condamnation à une amende, tandis qu'il en est autrement pour les exploits d'huissiers.

Deuxième point.

Foi des actes notariés, et des actes authentiques en général.

387. En supposant l'acte revêtu de toutes les formalités intrinsèques substantielles, voyons quelle est la foi qui y est attachée. Les principes que nous allons essayer d'établir ne s'appliqueront pas seulement aux actes notariés, mais à tout acte authentique, du moins en matière civile; car nous verrons qu'en matière criminelle, la même foi n'est pas attribuée aux déclarations de tous les officiers publics.

388. Nous laissons de côté maintenant ce qui concerne les formalités extrinsèques. Nous n'avons donc pas à nous occuper ici des cas où l'exécution de l'acte peut être arrêtée pour des causes qui n'en attaqueraient pas l'autorité au fond; à rechercher, par exemple, si la faculté d'accorder des délais à un débiteur malheureux (Code civ., art. 1244) peut s'exercer, lors même que le créancier est porteur d'un titre exécutoire. Ce sont là des difficultés qui touchent à l'exercice du droit, et nullement à sa preuve. Si nous devons parler plus tard, quand nous en viendrons à l'inscription de faux, de la suspension de l'exécution (*ib.*, art. 1319), c'est qu'alors cette suspension se rattachera à une attaque dirigée contre la foi de l'acte, et non pas simplement au plus ou moins de rigueur qui présiderait à l'exécution d'un acte supposé valable.

389. Nos développements sur la foi de l'acte authentique se rattacheront à deux questions bien distinctes : 1° Quelle est, en général, la foi d'un acte de cette nature? 2° Quelle foi peuvent mériter les actes secrets destinés à modifier un acte ostensible, ordinairement authentique, c'est-à-dire les contre-lettres ?

§ 1. Que prouvent les actes authentiques.

390. Nous devons rappeler ici d'abord une distinction fondamentale entre les actes authentiques et les actes sous seing privé: distinction que nous avons signalée en abordant la matière (n° 340). Les actes privés ont besoin d'être vérifiés en justice. Au contraire, l'apparence de l'acte authentique suffit pour faire présumer l'authenticité, à moins qu'on ne prenne la voie de l'inscription de faux. Cette observation préalable une fois faite, nous supposerons maintenant que l'acte authentique est réellement l'œuvre de l'officier dont il porte la signature apparente.

391. Le fonctionnaire qui reçoit un acte auquel il a caractère pour donner l'authenticité, est un témoin revêtu d'un caractère officiel, à l'effet de constater ce qui se passe en sa présence. Sa mission a une haute importance, mais elle est toute spéciale, car il ne peut attester que les faits qu'il a vus et entendus dans l'exercice de ses fonctions. Dumoulin, auquel il faut souvent remonter, pour saisir dans son origine [1] la doctrine qui a passé ensuite avec plus ou moins d'altération dans les écrits de Pothier et dans le Code civil, s'exprime en ces termes, dans son commentaire sur la coutume de Paris (tit. I, § VIII, n° 9) : *Quod ego intelligo et limito esse verum, ad limites et substantiam facti, tempore instrumenti gesti, et in ejus tenore contenti et affirmati ; secus quoad facta vel circumstantias, quæ tunc nec fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur.* Cette doctrine, sur laquelle nous reviendrons en parlant des actes de l'état civil, à l'égard desquels

[1] Nous ne voulons pas dire que ce soit Dumoulin personnellement qui ait créé toute la théorie relative à la foi des actes. Mais il a le premier rassemblé et fondu les notions qui se trouvaient éparses et confuses dans les écrits des anciens auteurs.

surtout son application soulève de graves difficultés, a été consacrée, en ce qui touche les actes notariés, par de nombreuses décisions de la jurisprudence. Ainsi il est reconnu qu'on n'a pas besoin de s'inscrire en faux pour soutenir, contrairement à l'assertion du notaire, qu'un testateur n'était pas sain d'esprit, que telle partie était mineure, que tel témoin n'était pas domicilié dans l'arrondissement (voir sur ce dernier point un arrêt de la cour de cassation du 3 juillet 1838); qu'il faut, au contraire, s'inscrire en faux, si l'on veut établir, contre la teneur d'un testament authentique, que le testateur se trouvait dans un état tel qu'il n'a pu dicter lui-même son testament (arr. de rej. du 19 juillet 1817). De même on peut être reçu à prouver qu'il y a eu fraude (arr. de rej. du 31 juillet 1833 et du 2 mars 1837), sans attaquer pour cela la foi de l'acte, puisque l'officier ne fait que constater la réalité, et non pas la sincérité des déclarations faites devant lui. Nous avons déjà reconnu (n° 91) que ce n'était pas prouver contre le contenu aux actes que de prouver l'existence de vices substantiels, qui n'attaquent pas ces actes, mais bien la convention au fond. Il est donc bien entendu que l'authenticité ne s'attache qu'à la constatation des faits dont l'officier a été personnellement témoin dans l'exercice de ses fonctions, *quorum notitiam et scientiam habet, propriis sensibus, visus et auditus*, suivant les expressions si souvent citées de Dumoulin[1] (*ib.*, § 64).

392. Mais vis-à-vis de qui l'acte authentique fait-il foi? Si nous nous en rapportions au texte de l'article 1319 du Code civil, il semble que la foi en serait bornée aux

[1] Il a soin d'ajouter qu'il en serait de même du témoignage des autres sens, du tact, du goût et de l'odorat. C'est ainsi que les dégustations opérées par les *courtiers-gourmets-piqueurs de vins* (décret du 15 décembre 1813) ont un caractère authentique.

parties contractantes, et à leurs héritiers ou ayant-cause. Ici, il est vrai, le mot *ayant-cause* comprend, de l'aveu de tous, les ayant-cause, même à titre singulier, tels qu'un acheteur, lequel serait incontestablement lié par toute opération translative de propriété, émanée de son auteur, qui serait authentiquement constatée. Mais faut-il s'en tenir là, et admettre que la foi de l'authenticité n'existe pas vis-à-vis des tiers, qui ne sont pas ayant-cause des contractants; que notamment celui qui invoque la prescription de dix ou vingt ans ne pourra pas, pour justifier de la vente, opposer un acte authentique à l'ancien propriétaire, qui pourtant n'a été nullement représenté par les parties contractantes? Une pareille proposition serait insoutenable. L'un des plus grands avantages du caractère public dont sont revêtus certains officiers, c'est que leur témoignage a autorité vis-à-vis de tous, et non pas seulement vis-à-vis des parties contractantes ou de leurs ayant-cause. On ne peut donc s'en tenir aux termes de l'article 1319.

Maintenant est-il plus exact de dire avec Pothier (*Oblig.*, n° 739), ce qu'on répète tous les jours d'après lui, que l'acte prouve seulement contre un tiers *rem ipsam*, c'est-à-dire que la convention qu'il renferme est intervenue? Mais l'acte ne prouve pas autre chose contre les parties elles-mêmes. Ce qu'il y a de plus pour les parties que pour les tiers, c'est qu'elles sont obligées. Elles ne le sont toutefois qu'en vertu de la convention, dont l'écrit est la preuve. Et c'est de cette convention qu'il est vrai de dire qu'elle ne peut pas nuire aux tiers. C'est ce qu'a voulu exprimer l'article 1319, qui confond la preuve avec le fond du droit, et qui répète assez inutilement ce que l'article 1165 avait dit beaucoup plus à propos, en parlant de l'effet des conventions, qu'elles n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point aux

tiers, et ne leur profitent point en général. Il est donc inexact de soutenir, soit que l'acte authentique ne prouve rien vis-à-vis des tiers, soit même qu'il prouve moins vis-à-vis d'eux que vis-à vis des contractants. Il prouve à l'égard de tous ce que le notaire a mission de constater, et rien de plus. *Acta vel quæcumque scripta publica probant seipsa, id est rei taliter gestæ fidem faciunt inter quoscunque.* Telles sont les expressions de Dumoulin (*loc. cit.*, § 8), que Pothier a traduites fort inexactement, lorsqu'il a dit que l'acte prouvait *rem ipsam* à l'égard des tiers; car c'est à l'égard de tous que Dumoulin attribue cette force à l'acte, en tant qu'il s'agit de la preuve, *quoad veritatem seu probationem rei gestæ.* Si maintenant, continue ce puissant logicien (*ib.*, § 10), on examine au fond les effets de l'acte, c'est-à-dire de la convention, *quoad jus et effectum actus gesti*, alors il est évident qu'il ne peut nuire, ni profiter qu'aux parties contractantes, *quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios.* Mais il montre très-bien que ce n'est pas là une question de preuve. *Et ita exponenda sunt dicta doctorum, ubicumque perfunctorie et crasse (ut plerumque solent) loquendo, dicunt instrumentum publicum inter extraneos non probare, quia ibi verbum probare per catachresin, sive improprie, pro jus efficere, sive præjudicare accipitur; cæterum vere et proprie loquendo, publicum instrumentum erga omnes est æque publicum et probans.* Il est bien à regretter que ce langage grossier, si justement critiqué dès le seizième siècle, se retrouve encore dans le Code civil, où il donne lieu à de fâcheuses confusions; la jurisprudence du reste admet, et ne pouvait pas ne pas admettre que l'acte authentique fait foi à l'égard de tous (voir notamment un arrêt de la cour de Bordeaux, du 25 août 1840).

393. Une règle qui est commune aux actes publics et aux actes privés, parce qu'elle se rattache uniquement

à l'intention des parties, c'est celle qui distingue, quant à la foi des simples énonciations, si elles ont ou non un rapport direct à la disposition (Code civ., art. 1320), c'est-à-dire à l'objet que les contractants avaient en vue. Si ce rapport existe, la foi de l'énonciation est la même que celle de la disposition principale. « Si quelqu'un, » dit Pothier (*Oblig.*, n° 737), par un acte, passe recon- » naissance d'une rente en ces termes, *reconnaît qu'une* » *telle maison par lui possédée est chargée envers Robert, pré-* » *sent, de tant de rente par chacun an, dont les arrérages ont* » *été payés jusqu'à ce jour, et en conséquence s'oblige de la* » *lui continuer;* ces termes, *dont les arrérages ont été payés*, » quoiqu'ils ne soient qu'énonciatifs, et qu'il ne soit pas » exprimé que Robert reconnaît les avoir reçus, font néan- » moins foi du payement contre Robert, partie à l'acte, » parce qu'ils ont un trait au dispositif de l'acte, et qu'il » devait être question dans l'acte de ce qui était effective- » ment dû des arrérages de cette rente ». Si, au contraire, ce rapport n'existe pas; si, par exemple, dans l'acte qui constate la vente d'un héritage, le vendeur a énoncé qu'il provenait de telle succession, cette énonciation n'a plus la même force que celle qui concernait les arrérages dans l'espèce précédente, parce que l'attention de l'acheteur ne s'est pas portée sur une circonstance qui n'avait qu'un trait indirect à la convention principale. On ne pourrait donc pas plus tard, en réclamant cet immeuble, comme faisant partie de la succession indiquée, se prévaloir contre l'acheteur de ce qu'il a souscrit l'acte où se trouvait cette énonciation incidente (Pothier, *ib.*, n° 738). Cette doctrine remonte encore à Dumoulin : *Actus plene probat*, dit-il (*loc. cit.*, § 10), *nedum in tenore et dispositivis instrumenti, sed etiam in enuntiativis,... in quantum tamen respicit vires et effectum actus principaliter gesti, secus si de enuntiativis et præsumptionibus instrumenti, seorsum*

à principali actu disputaretur : tunc enim tale instrumentum non facit plenam fidem, sed solum præsumptionem. Le Code civil (même art. 1320), dit dans le même sens : « Les » énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir » que d'un commencement de preuve. » Elles ne suffisent donc pas à elles seules; mais elles peuvent servir d'adminicule, afin de permettre la justification du fait énoncé, à l'aide de la preuve testimoniale. Cette mention se trouve en effet dans un acte auquel a concouru la partie contre qui on l'invoque, et elle rend ordinairement vraisemblable le fait allégué (*ib.*, art. 1347), l'homme étant naturellement porté à dire la vérité, surtout s'il n'apparaît pas qu'il ait eu intérêt à la déguiser. Du reste, la question du plus ou de moins de foi de l'énonciation contenue dans un acte authentique n'est pas de nature à augmenter la responsabilité de l'officier public. L'écrit par lui dressé prouve jusqu'à inscription de faux que telle énonciation a eu lieu; c'est au juge à reconnaître, d'après les circonstances, si elle a ou non trait à la disposition principale, et même, en la supposant incidente, si elle pourra servir de commencement de preuve : car la mention pourrait être si peu précise et si vague, qu'on dût lui refuser même cette force subsidiaire.

394. A l'égard des tiers, nous l'avons reconnu tout à l'heure, l'acte authentique prouve d'une manière invincible que telles déclarations ont eu lieu devant tel officier; mais ces déclarations ne peuvent lier que les parties de qui elles émanent. C'est dans le même sens que l'article 1320 borne aux parties la foi des énonciations, eussent-elles un rapport direct au dispositif de l'acte. Il est prouvé à l'égard des tiers que ces énonciations ont eu lieu; mais elles ne peuvent nuire aux tiers à qui elles sont parfaitement étrangères. Cette conséquence des principes que nous avons établis est tellement évidente, qu'elle méri-

terait à peine d'être rappelée, si l'ancienne jurisprudence ne s'en était écartée, en adoptant la maxime *in antiquis enuntiativa probant*, maxime qui, suivant Toullier (t. VIII, n°s 64 et suiv.), serait encore en vigueur sous le Code civil.

Dumoulin, qui ne fait que reproduire en ce point une doctrine déjà invétérée dans la pratique de son temps, enseigne que les énonciations, même incidentes, font foi dans les actes anciens, et au préjudice même des tiers. *In antiquis*, dit-il (*loc. cit.*, n° 76), *verba enunciativa plene probant, etiam contra alios, et in præjudicium tertii,... etiam si essent incidenter et propter aliud prolata, ut enunciatio confinium*. Pothier (*Oblig.*, n° 740) admet pleinement cette doctrine, dans le cas du moins où les énonciations, s'il s'agit d'un droit réel, sont soutenues par une longue possession [1]. Ainsi, du temps de Pothier, l'énonciation d'un droit de vue dans un acte ancien, bien que cet acte fût tout à fait étranger au propriétaire du fonds prétendu asservi, pouvait établir l'existence de ce droit, s'il y avait longue possession; même sous l'empire de coutumes qui, comme celle de Paris, considéraient le droit de vue comme imprescriptible. Comment concevoir cette doctrine dans un esprit aussi juste que celui de Pothier, et chez un logicien aussi serré que Dumoulin, qui a soin de nous dire lui-même (*ib.* n° 76): *Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem, quæ nulla est, sed eam demum, quæ aliqua est, coadjuvare*? C'est que les énonciations émanées de tiers n'étaient pas, dans l'ancienne

[1] Le laps de temps exigé pour cette ancienneté, pour cette longue possession, n'était pas une des moindres difficultés de la matière. Il y avait une extrême divergence dans les opinions des auteurs sur ce point, depuis celle qui se contentait de dix ans, jusqu'à celle qui exigeait un siècle (voy. Dumoulin, *ib.*, n°s 81 et suiv.). Le Code civil, là où il s'attache à l'ancienneté (art. 1335, 2°, et 1337), s'est fixé à la limite de trente ans.

jurisprudence, aussi dénuées d'effet qu'elles le sont aujourd'hui. Nous avons vu (n° 107) qu'elles pouvaient servir de commencement de preuve par écrit, parce qu'on se contentait jadis d'un adminicule quelconque pour autoriser la preuve testimoniale. Or la présomption fondée sur la longue possession était admise, comme elle l'est encore, là où la preuve par témoins était admissible. Mais aujourd'hui l'opinion des auteurs qui voulaient que le commencement de preuve par écrit émanât de la partie adverse, a été convertie en loi (Code civ., art. 1347). Les énonciations, quelles qu'elles soient, sont dès lors complétement nulles à l'égard des tiers. Dumoulin et Pothier décideraient donc aujourd'hui que pareille mention, dénuée de tout effet vis-à-vis de ceux qui n'y ont pas souscrit, ne saurait acquérir par le temps la force qui lui manque. *Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem quæ nulla est.*

Il faut donc reconnaître dans le droit actuel que les servitudes qui ne sont pas à la fois continues et apparentes, déclarées par la loi imprescriptibles (Code civ., art. 691), ne sauraient se fonder sur la possession même trentenaire, combinée avec une déclaration contenue dans un ancien titre, si cette déclaration est étrangère au propriétaire du fonds prétendu servant. Toullier n'est pas non plus allé jusque là, bien qu'il croie encore en vigueur la maxime *in antiquis enunciativa probant.* Mais il l'applique aux énonciations sur l'âge, sur la parenté, qui se trouvent dans des actes anciens passés entre des tiers. S'il voulait seulement dire par là que lorsque les juges peuvent se déterminer par des présomptions, ces mentions doivent avoir de la force, et qu'elles peuvent en fait en avoir d'autant plus qu'elles se trouvent dans des actes plus anciens, qui prêtent moins à la fraude, son assertion n'aurait rien que de plausible. Mais, quand il

va jusqu'à dire (t. VIII, n° 166) que telle énonciation, qui serait considérée comme non avenue dans un acte récent, pourra servir à prouver l'état des personnes, si elle est renfermée dans un acte ancien; ce qui mènerait à reconnaître que la filiation même naturelle pourrait résulter d'indices puisés dans un acte de cette nature; il transporte dans notre législation des idées qui ne sont plus en harmonie avec le droit moderne. Si, comme nous le verrons en parlant des preuves de preuves, le Code civil (art. 1335, 2°, et art. 1337) a quelquefois donné plus de force à des écrits anciens, le soin qu'il a pris de spécialiser les cas où il s'attache ainsi à l'ancienneté, montre bien qu'il n'entendait pas établir d'une manière générale que les actes acquièrent une nouvelle force probante en vieillissant. Si cela était vrai d'ailleurs, il faudrait, comme jadis, décider de même en toute matière, tandis que Toullier établit une distinction tout à fait déraisonnable entre ce qui touche les droits réels et ce qui est relatif à l'état des personnes. C'est faire justice soi-même d'une doctrine, que de reculer ainsi devant les conséquences qui en découlent forcément.

395. Un autre vieil adage, qui se rattache intimement au premier, c'est celui qui veut que les actes anciens soient présumés revêtus de toutes les solennités requises : *in antiquis omnia præsumuntur solemniter acta* (Dumoulin, *ib.*, n°s 75-79). Cet adage ne s'entendait pas du reste en ce sens que l'ancienneté pût faire considérer comme non avenues les nullités qui apparaîtraient évidemment dans les actes, mais en ce sens seulement que, dans le doute, elle devait faire supposer l'observation de toutes les formes requises. Nos vieux interprètes ont prétendu, suivant leur usage, que cette idée était empruntée au droit romain; mais elle était aussi étrangère à la législation romaine, qu'elle l'est à la législation actuelle.

Ce qui est seulement dit dans plusieurs textes, et notamment au § 17, *de inutilibus stipulationibus*, aux Institutes de Justinien, c'est que, lorsque mention est faite dans un écrit que tel acte solennel, une stipulation, par exemple, est intervenu, on doit présumer que tout s'est passé dans les règles : *si scriptum instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit*. Mais cela serait vrai, quand même l'écrit serait tout récent; il n'est nullement question dans ce texte, ni dans ceux qui renferment des décisions semblables, du plus ou moins d'ancienneté de l'écrit allégué. Cela revient à dire qu'on ne suppose pas la violation de la loi, tant qu'elle n'est pas démontrée. Il en est absolument de même aujourd'hui. Dans tous les cas où la loi n'exige pas la mention de certaines formalités, on présume qu'elles sont intervenues, sans examiner du reste quelle est la date de l'acte. Mais, si la mention de l'accomplissement de certaines formalités est exigée à peine de nullité, il n'est nullement permis de considérer comme équivalant à cette mention le fait seul que l'acte aurait vieilli. Il n'en restera pas moins radicalement nul. On voit que la maxime *in antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*, serait beaucoup trop rigoureuse, s'il s'agissait de formalités dont la mention n'est pas exigée, et dont il faut supposer l'observation, quelle que soit la date de l'acte; et qu'elle serait beaucoup trop relâchée, au contraire, là où certaines mentions sont prescrites à peine de nullité. Ici Toullier (t. VIII, n° 163) commet une grave erreur, lorsqu'il dit que cette maxime, qu'il semble approuver en principe, ne peut plus guère recevoir d'application, maintenant que l'action en nullité se prescrit par dix ans (art. 1304). La restriction à dix ans de l'action en nullité ne s'entend que des vices du consentement au fond ; l'erreur, la violence, le dol, l'in-

capacité, et nullement de l'absence des formes prescrites pour la validité d'un acte. Toutes les fois que des formes de cette nature n'auront pas été mentionnées, comme elles devaient l'être, l'acte sera radicalement nul, quelle qu'en soit l'ancienneté. Jamais on ne sera reçu à en réclamer l'exécution. Seulement, si en fait il a été exécuté, il ne sera pas permis de revenir sur l'exécution après trente ans; non qu'elle ait couvert le vice de forme, mais parce que l'action en répétition de l'indû est elle-même prescriptible, comme elle le serait du reste au cas où il n'y aurait pas eu même l'apparence d'un acte. Il ne faut donc pas se rejeter sur la prescription de dix ans, tout à fait étrangère au sujet qui nous occupe; il faut attaquer de front la maxime *in antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*, et reconnaître qu'il ne peut plus en être question dans notre droit, où elle n'a pas même laissé de traces, comme la maxime précédente.

§ 2. Quelle est la foi des contre-lettres [1]

396. Non-seulement les actes dûment rédigés ont force probante à l'égard de tous, lorsque ces actes sont l'expression sincère de la volonté des parties; le législateur va plus loin: il veut qu'à certains égards les dispositions ostensibles de ces actes, bien que secrètement révoquées, conservent toute leur validité. Il fait ainsi prévaloir, dans un intérêt d'ordre et de sécurité sociale, l'apparence sur la réalité.

397. Le mot *contre-lettre*, dans son acception primi-

[1] On peut consulter le traité *des contre-lettres* par M. Plasman (2e édition, 1839), résumé consciencieux des documents sur cette matière, mais où l'auteur procède trop souvent par questions détachées, sans fondre et coordonner suffisamment sa doctrine.

tive, conforme à l'étymologie, désignait tout acte qui en modifiait un premier, soit que les clauses modifiées n'eussent jamais été sérieuses dans l'intention des parties, soit qu'elles y renonçassent après coup. C'est ainsi que Domat (liv. III, tit. VI, sect. II, § XIV) qualifie de contre-lettre la convention par laquelle un acheteur déclare faire remise après coup à son vendeur de l'obligation de garantie. C'est pour cela que l'ancienne jurisprudence ne se prononça jamais d'une manière générale à l'égard des contre-lettres, parce que cette dénomination comprenait alors des conventions qui n'avaient rien de suspect. Aujourd'hui on entend généralement par contre-lettre un acte destiné à demeurer secret, qui annule ou modifie les clauses d'un acte ostensible. L'acte sur lequel les parties reviennent au moyen de la contre-lettre, est le plus souvent un acte authentique; c'est pour cela qu'on a rattaché cette matière à celle de l'authenticité. Mais il pourrait s'agir aussi d'un acte privé ayant acquis date certaine, et susceptible dès lors de produire effet vis-à-vis d'autres que les signataires (loi du 22 frimaire an VII, art. 40). Il n'y a pas lieu non plus à examiner, comme autrefois, si la contre-lettre elle-même est un acte authentique ou privé, afin d'attribuer effet à celle qui serait rédigée dans la première forme. Un acte notarié est tout aussi secret qu'un acte privé, et puisque l'on voulait protéger les tiers, toute distinction devait être rejetée. Peu importe du reste que la contre-lettre soit souscrite, ainsi que cela arrive d'ordinaire, en même temps que l'acte ostensible, ou seulement après un certain intervalle. C'est aux juges à apprécier, d'après les circonstances, si, dans l'intention des parties, les deux actes (c'est-à-dire ici, les deux conventions) étaient destinés à se confondre, ou s'il y a eu un changement fait après coup de bonne foi.

398. « Les contre-lettres, dit l'article 1321 du Code civil,

» ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties con-
» tractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers. »

Sans doute, aux yeux d'une morale rigide, les simulations doivent être complétement réprouvées. Pline le jeune nous dit (liv. V, lett. I), en parlant d'un arrangement de cette nature qu'on lui avait proposé : *Respondebam, non convenire moribus meis, aliud palam, aliud agere secreto.* Et il n'est que trop vrai que souvent les contre-lettres sont destinées à couvrir des fraudes, et surtout des fraudes aux droits du fisc. Cependant il peut y avoir des circonstances où l'emploi de pareils moyens n'a rien de blâmable. Un père peut vouloir avantager l'un de ses enfants, sans dépasser la quotité disponible, mais en dissimulant sa libéralité, pour éviter les querelles que ferait naître la connaissance de cet avantage de la part des intéressés. Dans cette circonstance, comme dans toute autre semblable, une contre-lettre peut être licite entre les parties : doctrine en parfaite harmonie avec celle qui maintient les libéralités déguisées jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et que tout le monde admet aujourd'hui sous l'empire du Code civil (art. 911), quelque contestable qu'elle soit en législation. Mais cette validité est bornée aux signataires de la contre-lettre ; ils ne doivent point par leur fait induire en erreur les tiers.

399. Or que faut-il entendre ici par *tiers ?* Cette expression a-t-elle la même signification que nous lui avons donnée, lorsque nous disions, dans le paragraphe précédent, que les conventions constatées par un acte, même authentique, liaient les contractants, mais ne liaient pas les tiers ? Nous entendions alors par tiers ceux qui sont *penitùs extranei*, comme le voisin sur le fonds duquel je déclarerais avoir une servitude. Mais les successeurs, même à titre particulier, tels que les tiers acquéreurs, sont incontestablement liés par les conventions de leur

auteur, pourvu qu'elles soient légalement constatées. Ils ne sont donc pas des tiers, mais des ayant-cause, dans le sens de l'article 1319 du Code civil ; ce qui est authentiquement prouvé vis-à-vis du vendeur, l'est également vis-à-vis de l'acheteur. Tel n'est plus le sens du mot tiers en matière de contre-lettres. Il ne s'agit plus ici des personnes complétement étrangères aux contractants, personnes à qui ni l'acte apparent, ni la contre-lettre ne pourraient nuire, par cette raison bien simple qu'il ne nous est pas permis de disposer des droits d'autrui. Il est question évidemment cette fois des ayant-cause des parties contractantes, lesquels ont dû compter sur l'existence de l'acte modifié secrètement par la contre-lettre. Ainsi les tiers acquéreurs, qui seraient obligés de respecter l'acte authentique souscrit par leur vendeur antérieurement à celui sur lequel ils s'appuient, peuvent, au contraire, faire déclarer non avenue à leur égard la reconnaissance occulte qu'il aurait souscrite à son propre vendeur, pour constater que la vente n'était que fictive. Et c'est précisément parce qu'ils sont les ayant-cause de la personne qui aurait ainsi annulé par une contre-lettre son propre titre d'acquisition, qu'ils ont intérêt à critiquer cette contre-lettre, dont n'auraient nullement à se préoccuper des tiers *penitùs extranei*. Ce droit appartient incontestablement à tous les ayant-cause à titre particulier, aux créanciers hypothécaires, comme aux tiers acquéreurs. Il n'est pas moins certain qu'on doit le refuser aux héritiers qui, continuant la personne du défunt, ne peuvent décliner aucune des obligations par lui consenties. Il en est de même du mandant à l'égard de son mandataire (arr. de la cour de Bordeaux du 25 juillet 1826). Ayant complétement suivi sa foi, il s'est, pour ainsi dire, identifié avec lui, et doit en conséquence exécuter tous les actes publics ou secrets qu'il a souscrits avant la révocation du mandat.

400. Mais il y a plus de doute quant aux créanciers chirographaires de l'une des parties. Sont-ils liés par la contre-lettre de leur auteur, quand ils viennent exercer ses droits? Le vendeur pourra-t-il opposer, par exemple, aux créanciers de l'acheteur, qui réclament l'immeuble au nom de leur débiteur, un acte secret portant augmentation du prix ostensible? En faveur de l'affirmative, on invoque le principe général que les créanciers n'ont pas plus de droits que leur débiteur, dont ils sont censés suivre la foi. C'est en effet ce qu'on décide, lorsqu'il s'agit d'apprécier à l'égard de qui sont exigées certaines formes de publicité pour la transmission de propriété, la transcription pour les immeubles, dans le système de la loi du 11 brumaire an VII; la tradition pour les meubles, sous le Code civil. On n'entend alors par tiers que ceux qui peuvent se prévaloir d'un titre spécial, et non pas les créanciers, qui n'ont qu'un droit vague sur le patrimoine de leur débiteur. Mais la négative s'appuie sur l'esprit de la loi en matière de contre-lettres. L'acte ostensible était de nature à induire en erreur les créanciers chirographaires, aussi bien que les ayant-cause à titre particulier. Or le vendeur a participé à la réticence dont il veut aujourd'hui se prévaloir. C'est son propre fait qui a donné naissance aux droits qu'il prétend aujourd'hui détruire. Si les créanciers sont représentés par leur débiteur, ce n'est pas lorsqu'il s'agit précisément de conventions qui tendent à leur soustraire une partie du patrimoine de ce débiteur, et qui dès lors sont suspectes de fraude à leur égard. Et il n'est pas exact d'ailleurs de comparer les principes sur les contre-lettres avec ceux qui régissent la transmission de la propriété. Dans ce dernier cas, le tiers détenteur qui, même dans le système de la publicité des droits réels, l'emporte sur les créanciers chirographaires, n'a pas à se reprocher d'avoir usé de simulation à leur égard; tandis

que, dans l'espèce, on peut reprocher au vendeur de leur avoir volontairement laissé croire que leur auteur n'était redevable que d'un prix inférieur au prix réel. Telle est, en effet, la doctrine d'un arrêt de cassation du 23 février 1835, qui pose en principe, qu'en matière de contre-lettres, les tiers sont ceux qui n'ont pas souscrit ces actes; en assimilant du reste évidemment aux souscripteurs ceux qui sont tenus de leurs obligations, comme les héritiers et le mandant (voir dans le même sens un arr. de la cour de Paris du 29 avril 1837).

401. Ce fait de dissimulation personnelle qu'on invoque ici contre celui qui veut se prévaloir de la contre-lettre, peut servir de réponse à l'objection qu'on présente quelquefois contre cette doctrine, lorsque l'on fait observer qu'elle est en contradiction avec l'absence de publicité qui existe chez nous pour les actes les plus importants. Il n'y a pas en effet connexité intime entre l'article 1321 et la loi du 11 brumaire an VII, puisque la défaveur des contre-lettres a commencé dans l'ancienne jurisprudence, alors qu'on se préoccupait peu de la publicité pour la transmission de la propriété. D'ailleurs la vente d'un même immeuble à deux acheteurs successifs est une fraude grossière, heureusement peu fréquente dans la pratique; tandis que les contre-lettres ont toujours été assez usitées pour masquer des conventions que les parties avaient intérêt à dissimuler, et ont dû par cela même éveiller la sollicitude du législateur. Il a donc bien fait de proscrire à l'égard des tiers, indépendamment du système qu'il adopterait plus tard sur la transmission de la propriété, des réserves dont l'expérience avait fait sentir les graves abus.

402. Il ne faut pas croire cependant que les contre-lettres soient, à l'égard des ayant-cause dont nous venons de constater les droits, des actes complétement étran-

gers, comme le sont les conventions des parties à l'égard des tiers *penitus extranei*, auxquels elles ne peuvent ni nuire, ni profiter (Code civ., art. 1165). En principe, les contre-lettres, ayant effet vis-à-vis des parties contractantes, peuvent en avoir vis-à-vis de leurs ayant-cause. S'ils peuvent les faire réputer non avenues en ce qui touche leur intérêt, il n'y a pas lieu à rétorquer contre eux cette faculté, qui n'est introduite qu'en leur faveur. Ce n'est que *contre les tiers* (*ib.*, art. 1321) que les contre-lettres n'ont point d'effet. Si, au lieu de les combattre, ils les invoquent; si ce sont, par exemple, les créanciers du vendeur qui exigent de l'acheteur un supplément de prix porté dans un acte secret, celui-ci ne peut refuser le payement, pas plus qu'il ne le pourrait vis-à-vis du vendeur lui-même, ainsi que l'a jugé un arrêt de la cour de Paris du 2 germinal an XIII.

403. Dans les diverses solutions que nous avons adoptées jusqu'ici, nous avons supposé qu'une contre-lettre, portant augmentation du prix stipulé dans une vente, produisait effet entre les parties contractantes. Cette proposition ne serait pourtant vraie qu'avec distinction, s'il fallait s'attacher à l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII, ainsi conçu : « Toute contre-lettre faite sous signature » privée, qui aurait pour objet une augmentation du prix » stipulé dans un acte sous signature privée précédem- » ment enregistré, est déclarée nulle et de nul effet. » Les contre-lettres ayant habituellement lieu dans la pratique pour frauder les droits du fisc, le législateur de l'an VII avait voulu les réprimer, en refusant toute action au vendeur ou au bailleur (car le texte parle de *prix* en général), afin d'obtenir les prestations supplémentaires dont on serait secrétement convenu. Il n'y a de valables, dans le système de cette loi, que les contre-lettres notariées qui n'offrent aucun danger pour le fisc, puisqu'elles doivent

être enregistrées dans un bref délai, tandis qu'on n'enregistre les autres contre-lettres que lorsqu'on a besoin de les produire en justice.

Merlin enseigne (*Questions de droit*, au mot *Contre-lettres*, § III), et la cour de cassation avait d'abord jugé que cet article 40, appartenant à une législation spéciale, n'était pas abrogé par l'article 1321 du Code civil. D'ailleurs, ajoute-t-on, les expressions mêmes de l'article : les contre-lettres ne *peuvent* avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, n'impliquent pas leur validité dans tous les cas, mais seulement la possibilité de cette validité. Il est vrai que ces expressions, si on ne savait pas dans quelle intention elles ont été insérées dans la loi, pourraient ne pas paraître par elles-mêmes assez précises pour emporter dérogation au texte formel d'une loi spéciale. Mais ce qui en explique bien le sens, c'est la discussion même qui eut lieu au conseil d'État, et à la suite de laquelle fut rédigé l'article 1321, qui n'existait pas dans le projet. Le comte Duchâtel, directeur général de l'enregistrement, demanda, dans la séance du 2 brumaire an XII, qu'on proscrivît l'usage des contre-lettres : mais il fut le seul de son avis. « Les contre-lettres, » dit le comte Berlier, « ont souvent lieu pour éluder ou affaiblir les droits » dus au trésor public ; mais c'est par des amendes, et » non par la peine de nullité, que cette espèce de fraude » doit être atteinte et punie : dans aucun cas, le législa» teur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des » parties, pour augmenter ou diminuer les obligations » respectives qu'elles se sont imposées. » Le consul Cambacérès rappela alors, en le critiquant, l'article 40 de la loi de frimaire. Et Tronchet dit : « Il faut distinguer : une » contre-lettre doit être valable entre les parties, et nulle » contre les tiers; or la régie de l'enregistrement est un » tiers par rapport à l'acte. » La rédaction, qui fut faite

ensuite par la section de législation, n'a été évidemment que la reproduction de cette doctrine de Tronchet. Et c'est bien mal à propos qu'on accuse notre interprétation de faire empiéter le Code civil sur le domaine des lois spéciales. C'était, au contraire, dans l'espèce, la loi fiscale qui avait empiété sur le droit commun, en appelant la mauvaise foi à l'appui de ses combinaisons. Ce qui survit de l'article 40, c'est une dernière partie qui frappe d'une amende triple du droit qui aurait eu lieu sur les valeurs dissimulées, les parties qui ont ainsi augmenté par une contre-lettre le prix stipulé. Que l'on aggrave encore cette amende, si cela est nécessaire, mais que l'on ne touche pas aux conventions des parties. Un arrêt de rejet du 10 janvier 1819 s'est prononcé en ce sens. La cour royale de Dijon, le 9 juillet 1828, et celle d'Aix, le 21 février 1832, ont adhéré à cette doctrine. Et ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'arrêt de la cour de Dijon a donné lieu à un recours en cassation, mais sur un autre chef seulement; le moyen tiré du maintien prétendu de l'article 40 de la loi de frimaire n'ayant pas été considéré comme soutenable.

404. S'il s'agissait, en sens inverse, d'une diminution de prix, portée dans une contre-lettre, il n'y aurait pas de difficulté; le fisc aurait, aussi bien que tout autre intéressé, le droit de la faire considérer comme non avenue.

405. Il est un cas où le Code civil lui-même (art. 1396) prononce la nullité des contre-lettres entre les parties contractantes. C'est lorsqu'il s'agit de changements ou de contre-lettres qui auraient lieu après la rédaction du contrat de mariage, sans authenticité, ou bien sans le consentement de tous ceux qui étaient parties à ce contrat. C'est qu'alors le mot *contre-lettre* reprend le sens général qu'il avait dans l'ancienne jurisprudence, et dé-

signe simplement un acte postérieur à un premier acte, qui le modifie d'une manière quelconque. Et en effet, lors même qu'il s'agirait d'un changement fait après coup aux conventions matrimoniales, sans qu'il y ait eu aucune intention de déguisement chez les parties, ce qui ne rentrerait nullement dans l'hypothèse de l'article 1321 du Code civil, il faudrait encore décider qu'il y a nullité à l'égard des parties elles-mêmes, si les conditions voulues par la loi n'ont pas été observées. Ce n'est pas la dissimulation seulement, mais le changement non revêtu de certaines formes, que l'on a voulu proscrire en cette matière. Il est donc inexact de présenter, comme on le faisait dans la rédaction proposée par le tribunat sur l'article 1321, les règles sur les contre-lettres dans les contrats de mariage, comme faisant exception au principe général de cet article. L'article 1396 est une disposition spéciale, qui restreint la capacité des parties; et il est évident que l'article 1321, en prononçant à leur égard la validité des contre-lettres, les a supposées capables. L'article 1321 proscrit les contre-lettres comme déguisement à l'égard des tiers seulement; l'article 1396 interdit, même à l'égard des parties, en l'absence de certaines conditions, les changements au contrat, changements dont les contre-lettres proprement dites ne sont qu'une espèce.

406. Enfin il ne faut pas confondre avec les contre-lettres les réserves faites expressément dans l'acte au profit d'un tiers, telles que la *déclaration de command*, par laquelle l'acheteur se réserve d'élire, dans un certain délai, une personne qui reprendra l'affaire pour son propre compte. Il n'y a point là de modification secrète d'un acte ostensible, puisque l'acte lui-même annonce la réserve. La déclaration de command produit donc effet à l'égard de tout le monde, sauf la nécessité, si on veut éviter le double droit de mutation, de la notifier dans les

vingt-quatre heures à la régie de l'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, 24°).

C'est à ce même délai de vingt-quatre heures qu'il faut s'attacher, lorsqu'il s'agit d'une contre-lettre portant résiliement pur et simple (même loi, même §, 40°). Les parties ne peuvent éviter le payement du double droit proportionnel, qu'autant qu'elles se sont désistées de leurs conventions par acte authentique, passé dans le délai indiqué à partir de l'acte résilié. Ce délai expiré, on pourrait, en matière civile, examiner s'il y a eu contre-lettre ou rétrocession, mais, en matière fiscale, la rétrocession serait présumée. Autrement, toutes les fois qu'un acheteur viendrait à revendre à son vendeur l'immeuble qu'il lui aurait acheté, on éluderait facilement les droits de mutation, en présentant l'acte nouveau comme une contre-lettre. Il serait sans doute possible d'établir la fraude; mais, en matière de perception de droits, il importe de partir de règles fixes et immuables. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation, sections réunies, par un arrêt de cassation du 29 décembre 1821.

DEUXIÈME DIVISION;

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL, ET SPÉCIALEMENT DE LA FOI QUI S'ATTACHE A CES ACTES.

407. Notre intention n'est pas de nous livrer ici à l'étude minutieuse des formes qui sont tracées par la loi pour la rédaction des actes de l'état civil [1]. Cette étude offrirait peu d'intérêt, quant au but que nous nous proposons dans cet ouvrage, puisque aucune de ces formes n'est prescrite à peine de nullité, et qu'on pourra dès lors toujours se prévaloir des mentions que renferme l'acte, sauf à le rectifier, s'il y a lieu. Les droits des parties intéressées, étrangères la plupart du temps à la rédaction de ces précieux documents, ne peuvent dépendre de la négligence ou de l'ignorance d'officiers qui, surtout dans les campagnes, présentent bien moins de garanties que les notaires : c'est ce qui résulte de la discussion au conseil d'État (séance du 6 fructidor an IX); et ce qu'ont expressément jugé la cour de cassation (arr. de rej. du 13 fructidor an X), la cour de Bruxelles [2] (le 4 juillet 1811), et celle d'Angers (le 25 mai 1822). Ce

[1] On peut consulter, sur l'historique de cette matière, les *Recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civil*, par M. Berriat Saint-Prix (1842). Il résulte de ce travail, que les registres les plus anciens, constatant les naissances, mariages et décès, sont ceux de la paroisse de Saint-Jean-en-Grève, à Paris, qui datent de 1515.

[2] Dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, il s'agissait d'un acte de naissance, où il n'était fait mention, ni de l'âge du père et de la mère, ni de celui des témoins, ni de la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil, ni même du lieu de la naissance.

principe fondamental de la matière n'est guère contesté en thèse générale; mais nous aurons occasion de remarquer que certaines théories tendent à le méconnaître dans l'application.

C'est pour ce motif que généralisant ce que nous avons déjà eu occasion de dire pour la preuve du mariage (n° 129), nous pensons qu'on ne doit pas rejeter, comme dénués de toute foi, les actes écrits sur feuilles volantes : ce que semble prouver le peu de gravité de la peine prononcée pour cette contravention par l'article 192 du Code pénal, qui ne prononce qu'un emprisonnement d'un mois à trois mois, et une amende de seize à deux cents francs. Les expressions de l'exposé des motifs sur cet article viennent encore à l'appui de notre opinion. « Dans ce cas, dit M. Berlier, les officiers compromettent » l'état civil des personnes; ils se rendent coupables au » moins de négligence, et le besoin de régulariser une » partie aussi importante justifiera aisément les peines de » police correctionnelle qui leur sont infligées. » Comment le législateur éprouverait-il le besoin de justifier l'application de peines correctionnelles, si l'inscription sur une feuille volante suffisait pour ôter à l'acte toute force probante; ce qui est bien autre chose que l'irrégularité dont parle M. Berlier ?

Nous pensons aussi avec Merlin (*Répert.*, au mot *État civil*, § V) qu'il n'y aurait pas nullité, au cas où l'officier civil recevrait l'acte de naissance, de mariage, ou de décès de ses parents les plus proches, ou même celui qui constaterait l'accouchement de sa femme, bien qu'il convienne de s'abstenir en pareille hypothèse. La seule limite que la nature même des choses apporte à sa compétence, sous ce rapport, c'est qu'il ne pourrait évidemment exercer ses fonctions, relativement à son propre mariage; il y aurait impossibilité matérielle et morale à ce

qu'il figurât dans le même acte comme interrogateur et comme interrogé tout à la fois.

408. Nous laisserons donc de côté les formes, pour nous occuper uniquement de la foi qui s'attache aux actes de l'état civil. Et d'abord nous nous demanderons, en général, quelle confiance peut mériter l'officier civil dans l'exercice de son ministère.

Il est évident que cet officier, comme le notaire, ne peut attester que ce dont il a été témoin; c'est-à-dire, que telle déclaration a eu lieu, que tels faits se sont passés devant lui. Mais, quant à la réalité des faits qui lui sont seulement déclarés, *quæ non fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur,* comme le dit Dumoulin, il ne peut la garantir. Dès lors aucune poursuite en faux, du moins contre l'officier civil, ne peut se fonder sur l'inexactitude des assertions consignées dans l'acte, pourvu que ces assertions elles-mêmes aient été fidèlement reproduites. Il semble dès lors, ainsi que l'a jugé un arrêt de rejet du 12 juin 1823, que ce qui est prouvé jusqu'à inscription de faux, c'est que telles personnes ont déclaré l'existence de tels ou tels faits au fonctionnaire rédacteur, mais nullement que ces déclarations soient conformes à la vérité; ce dernier point ne serait établi que jusqu'à preuve contraire.

409. Suivant cet arrêt de 1823, « la fausseté de la dé» claration des témoins n'est qu'un mensonge, qui n'al» tère point la substance de l'acte. » Mais une doctrine, admise par beaucoup d'auteurs, et qui prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence, voit, au contraire, dans les fausses déclarations de cette nature, un faux caractérisé. L'origine de cette extension si large de l'idée de faux remonte au droit romain, auquel on sait que nos anciens criminalistes faisaient de fréquents emprunts. Ce n'est pas que la loi *Cornelia de falsis* eût considéré comme faux

la simple énonciation mensongère, sans aucune contrefaçon d'écriture. *Quid sit falsum quæritur,* dit Paul (l. 23, ff., *de leg. Corn. de fals.*). *Et videtur id esse, si quis alienum chirographum imitetur, aut libellum, vel rationes intercidat, vel describat : non qui alias in computatione, vel ratione mentiuntur.* Mais plus tard, on vit par extension une sorte de faux, *quasi falsum*, dans le faux témoignage (Modest., l. 27, *ib.*), dans le simple exposé de faits faux, contenu dans un mémoire (Modest., l. 29, *ib.*), enfin jusque dans le fait de vendre à faux poids ou à fausse mesure (*ib.*, l. 32, § 1, *ib.*).

Ce fut en s'attachant à ces errements que notre ancienne jurisprudence (voy. Muyart de Vouglans, *Traité des crimes*, tit. VI) confondit sous la dénomination de faux tout fait frauduleux, tendant à altérer la vérité, afin de tromper autrui : *actus dolosus animo corrumpendæ veritatis ad decipiendum alterum adhibitus.* Alors le faux témoignage n'était qu'une branche du faux. Cette extension s'est maintenue incontestablement, par cela seul qu'elle n'était pas abolie, jusqu'à la promulgation du Code pénal de 1810; car le Code pénal de 1791 (IIe part., tit. II, sect. II, art. 41 et suiv.) punissait le faux, sans le définir, et prononçait seulement des peines spéciales contre la vente à faux poids ou à fausse mesure. Quant au Code du 3 brumaire an IV, il s'occupa de la procédure sur le faux, sans s'expliquer davantage quant à la définition de ce crime. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que la jurisprudence antérieure au Code pénal de 1810 ait considéré comme constituant un faux les énonciations mensongères destinées à être insérées dans un acte public, par exemple, les fausses déclarations sur la filiation dans un acte de naissance (voir les arrêts cités dans le *Répert.* de Merlin, aux mots *Faux* et *Maternité*).

410. Mais le Code pénal de 1810 a pris soin de définir

le faux, qui a cessé dès lors d'avoir le caractère vague et indéterminé, qu'il avait conservé sous les législations précédentes. Ce Code consacre une section entière au faux (liv. III, tit. I, chap. III, sect. I), qui comprend encore, dans l'acception la plus large du mot[1], les crimes relatifs à la fausse monnaie, à la contrefaçon des sceaux de l'état, des billets de banque, etc. Mais le faux proprement dit n'est plus que le faux *en écritures*. Nulle allusion au faux par paroles, dont s'occupaient nos anciens criminalistes (voy. Muyart de Vouglans, *loc. cit.*). Le faux témoignage et la calomnie, considérés jadis comme de véritables faux, sont renvoyés à une autre partie du Code pénal (art. 361 et suiv.). Toutefois, en ce qui touche les fonctionnaires publics, le faux *matériel* et le faux *intellectuel* ont été spécialement prévus, et punis également des travaux forcés à perpétuité. L'article 145 parle du premier, qui consiste dans les fausses signatures, dans l'altération des écritures, etc. L'article 146 parle du second, qui suppose qu'un officier public, en rédigeant des actes de son ministère, en a frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances. Puis vient l'article 147, qui est le siége de la difficulté, puisqu'il est relatif aux faux commis par de simples particuliers.

« Seront punis des travaux forcés à temps, dit cet article, » toutes autres personnes qui auront commis un faux en » écriture authentique et publique, ou en écriture de commerce ou de banque ». Voilà quelle est la proposition principale de l'article. Or, par faux en écriture, on a toujours entendu le faux commis, soit par le rédacteur qui

[1] Cette assimilation n'est pas purement théorique. Aux termes des articles 164 et 165 du Code pénal, le faussaire, *lato sensu*, est frappé d'une amende qui peut être portée au quart du bénéfice illicite qu'il s'est procuré; et, s'il est condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, il doit toujours subir l'exposition publique (jusqu'à la révision de 1832, c'était la marque qui lui était infligée).

dénature l'écrit lors de sa confection', ou qui l'altère après coup; soit par le faussaire proprement dit, qui fabrique un écrit tout à fait supposé. Quant aux déclarations mensongères, elles n'ont jamais constitué un faux en écriture, mais un faux commis par paroles, faux qui n'est plus prévu comme tel par le Code pénal de 1810. Si donc l'article 147 s'en était tenu à cette proposition générale, qui punit le faux en écriture publique, aucun doute sérieux ne pourrait s'élever sur le sens de la loi. Malheureusement il entre ensuite dans les développements suivants, sur la manière dont le faux peut avoir été commis : « Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de si- » gnatures;—soit par fabrication de conventions, disposi- » tions, obligations ou décharges, ou par leur insertion » après coup dans ces actes;—soit par addition ou altéra- » tion de clauses, de déclarations ou de faits, que ces » actes avaient pour objet de recevoir et de constater. » On s'est emparé de ces dernières expressions pour soutenir que les fausses déclarations, notamment dans les actes de l'état civil, constituent encore aujourd'hui un faux caractérisé. Mais est-il vraisemblable que le législateur, voulant définir le faux en écriture commis par des particuliers, ait été donner pour exemple des cas où le prétendu faussaire n'a fait qu'une déclaration verbale ? Tout ce développement n'est-il pas dominé par la proposition principale, qui ne parle que d'écriture ? Si le dernier alinéa de l'article 147, en parlant d'une *altération de déclarations*, semble faire allusion à un mensonge oral, il est facile de répondre que l'alinéa précédent parle aussi de la *fabrication d'obligations*, mais que la suite, où il est question d'*insertion après coup dans les actes*, fait bien voir que par *obligations* le législateur entend ici, dans le style de la pratique, l'écriture qui prouve les obligations. La même confusion a bien pu avoir été commise à propos des dé-

clarations, et l'*altération de ces déclarations* paraît signifier tout simplement l'altération de l'acte qui en est la preuve. On voit que cette équivoque fâcheuse, sur un point aussi essentiel, tient encore à l'abus du langage, emprunté par le Code pénal aux praticiens, qui tend à confondre la preuve du fait avec le fait lui-même. Mais le sens général de l'article 147 résulte bien de l'exposé des motifs qui, après avoir distingué, quant aux officiers publics, le faux matériel et le faux intellectuel, ajoute que la peine n'est que temporaire à l'égard du simple particulier *contrefacteur d'écritures authentiques*. Il s'agit donc d'une contrefaçon, d'un faux matériel, et non pas d'un simple mensonge.

411. L'examen de l'économie générale du Code pénal vient encore confirmer l'opinion qui résulte d'une analyse exacte de l'article 147. En effet, le genre de fausse déclaration qui offre le plus de danger pour la société, la *supposition de part* n'est punie que de la réclusion par l'article 345, tandis que la peine des travaux forcés à temps est prononcée contre le faux. Comment concevoir, s'il y avait réellement faux dans la supposition de part, que l'on eût prononcé une peine plus faible contre celui des faux de cette nature qui offrait le plus de gravité? C'est faire injure au législateur que de lui prêter une pareille contradiction. Il est à remarquer que le Code pénal de 1791 (liv. II, tit. II, sect. I, art. 32) punissait de douze ans de fers celui qui avait détruit la preuve de l'état civil d'une personne, tandis qu'il ne punissait le faux (*ib.*, sect. II, art. 44) que de huit ans de fers. Et l'on veut que celui de 1810 ait établi la classification des crimes dans un sens diamétralement opposé! La réclusion est du reste la peine du faux en matière civile (Code pén., art. 363). La supposition de part est donc un faux témoignage, et non pas un faux. Dès lors les autres déclarations mensongères, moins graves d'ordinaire par leurs conséquences que la suppo-

sition de part, ne peuvent pas non plus constituer un faux.

412. Mais cette opinion n'a pas prévalu dans la jurisprudence, qui s'est attachée à une interprétation littérale des expressions de l'article 147 : *altération de déclarations que les actes avaient pour objet de recevoir et de constater.* L'arrêt de rejet du 12 juin 1823, qui ne regardait comme prouvés, jusqu'à inscription de faux, que les faits attestés par l'officier public *de visu et auditu*, n'a malheureusement pas fait jurisprudence. De nombreuses décisions ont maintenu presque entièrement, sous l'empire du Code pénal de 1810, l'extension donnée par nos anciens criminalistes à la notion de faux. C'est ainsi qu'un arrêt de cassation du 7 mars 1835 a déclaré coupable de ce crime une personne qui avait fait une fausse déclaration en matière de recrutement, bien qu'elle n'eût rien écrit, ni rien signé. Mais la déclaration devait être *reçue et constatée dans un acte.* La cour de Grenoble (arr. du 19 février 1831) a fait l'application de cette doctrine, en considérant comme faussaire le donateur qui, pour opérer une prétendue révocation par survenance d'enfants, avait faussement déclaré l'accouchement de sa femme à l'officier civil. Mais cette application accuse toute la bizarrerie du système; car la supposition d'un enfant à une femme qui ne serait pas accouchée, est littéralement prévue et punie seulement de la réclusion par l'article 345 du Code pénal.

413. Toutefois, même en adoptant l'interprétation qui s'attache à la lettre de l'article 147, il n'est pas exact de dire que toute déclaration mensongère constitue un faux. Il faut distinguer, et cette distinction du reste était déjà faite, même avant la promulgation du Code de 1810, si l'acte *avait ou non pour objet de constater* ce qui a été déclaré contrairement à la vérité. C'est ainsi que la cour de cassation avait déjà jugé, le 30 juillet 1809, qu'il n'y a pas faux dans l'assertion contenue en l'acte de naissance que les enfants

étaient légitimes; l'acte de naissance n'étant pas destiné à constater la légitimité. A plus forte raison, sous l'empire du Code pénal actuel, a-t-elle rendu une décision semblable (arr. de cass. du 30 avril 1841), relativement à une femme qui avait pris la qualité d'épouse dans un acte qui n'était pas destiné à faire preuve du mariage. Une seconde limitation, qui ne permet plus de donner à la notion de faux toute l'extension qu'elle recevait jadis, c'est que le faux doit avoir lieu *en écriture*, en ce sens du moins que la déclaration mensongère doit avoir été constatée dans un acte (arr. de la cour de cass. du 17 décembre 1831). Mais cette limitation n'a point trait à la matière qui nous occupe, puisque tout ce qui est déclaré à l'officier civil est destiné à être consigné sur ses registres.

414. Si la jurisprudence est trop rigoureuse, en considérant comme faux les fausses déclarations, on pourrait peut-être reprocher à notre opinion de laisser, au contraire, impunis, si ce n'est dans le cas de supposition de part, des mensonges qui sont de nature à entraîner les plus fâcheuses conséquences pour la société. Mais telle n'est pas notre pensée. La peine du faux témoignage en matière civile, la réclusion doit, suivant nous, atteindre toute personne qui appelée à rendre compte de certains faits, non-seulement dans les débats judiciaires, mais encore devant un fonctionnaire quelconque, altère sciemment la vérité. C'est ce qu'a décidé plusieurs fois la cour de cassation (arr. de rej. du 6 novembre 1806 et du 17 septembre 1836). Sans doute, pour être conséquente, cette cour devrait considérer et punir comme faux toute déclaration mensongère constatée par un officier quelconque, fût-ce un commissaire de police : car l'article 147 du Code pénal ne distingue pas. Mais, n'osant arriver à cette conclusion rigoureuse, elle s'est arrêtée à moitié chemin, et a attribué le caractère de faux témoignage à celles de ces déclarations qui avaient

le plus d'importance. Nous généraliserons, nous, cette doctrine, qu'il est bizarre d'appliquer à certains cas seulement, et nous considérerons comme faux témoignage tout mensonge oral, judiciaire ou extrajudiciaire, fait devant un fonctionnaire public, en réservant la dénomination de faux à la fabrication ou à la falsification d'écritures.

415. Une observation commune à toutes les pièces produites en justice, mais que l'on fait surtout à propos des actes de l'état civil, à cause de la faculté qui appartient à toute personne de s'en faire délivrer des extraits (compar. Code civ., art. 45, et loi du 25 ventôse an XI, art. 23); c'est que l'identité du porteur de l'extrait et du véritable ayant-droit doit être préalablement établie. Cette preuve, étant celle d'un simple fait, ne peut se faire que par témoins. Quelques-uns, s'imaginant que la preuve testimoniale n'était pas admissible *de plano*, ont voulu considérer l'extrait produit comme un commencement de preuve par écrit. Mais c'est là une pétition de principe évidente. Car il s'agit de démontrer qu'il existe un lien entre la personne et l'acte qu'elle invoque. Or, tant que ce lien n'est pas établi, la pièce, pouvant concerner tout autre que celui qui en est le porteur, est absolument sans effet sous le rapport de la preuve.

416. Entrons maintenant dans l'explication des règles spéciales sur la foi des principaux actes de l'état civil. Nous conformant à l'ordre que nous avons déjà suivi, en traitant de la preuve testimoniale de l'état, nous étudierons la preuve littérale de son application, d'abord à de simples faits, à la naissance et au décès; puis aux relations sociales, au mariage et à la filiation.

§ 1. Naissance et décès.

417. Suivant la doctrine que nous venons d'exposer sur le faux, l'acte de naissance prouve, jusqu'à inscription

de faux, que tel enfant a été présenté à l'officier civil, que telles déclarations ont été faites sur l'époque de sa naissance, qu'on lui a donné tels noms, enfin, qu'il est de tel sexe; car l'officier a mission de vérifier cette dernière circonstance, bien qu'il s'en abstienne le plus souvent dans la pratique. Quant aux déclarations elles-mêmes, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire, et seulement du jour et de l'heure de la naissance, lorsqu'il ne s'agit pas d'un enfant légitime. La mention de la filiation ne se retrouvant donc pas dans tous les actes de naissance, ce qu'il y a d'essentiel à ces actes, c'est l'indication du nom, du sexe et de l'âge. L'ordonnance de 1539 (art. 5) ne parlait même que *du temps et de l'heure de la nativité.* Ce n'est que celle de 1667 qui a prescrit des énonciations plus détaillées.

418. Les déclarations de naissance doivent être faites par des personnes déterminées par la loi, qui doivent généralement avoir assisté à l'accouchement (Code civ., art. 56); mais comment s'assurer que le déclarant a réellement assisté à l'accouchement, ainsi qu'il l'affirme? L'officier civil n'est pas dans la même position que le notaire, qui doit connaître les parties intéressées dans les actes qu'il reçoit, ou du moins se faire attester leur identité. La loi ne le charge nullement, ce qui d'ailleurs serait impraticable dans les communes populeuses, de vérifier la qualité des déclarants. Leur affirmation sur leur qualité même doit donc, comme leurs autres assertions, être crue jusqu'à preuve contraire. Ainsi il est impossible d'empêcher que le premier venu ne puisse venir au bureau de l'état civil rendre cet important témoignage. C'est là un motif de plus pour ne pas croire, jusqu'à inscription de faux, à la vérité de faits ainsi déclarés. C'est bien assez qu'il faille l'admettre jusqu'à preuve contraire.

419. Le Code civil fixe à trois jours, à compter de

l'accouchement, le délai dans lequel doivent être faites les déclarations de naissance. Le motif de cette prescription est facile à saisir. L'acte de naissance ne fait pas sans doute foi de l'âge, jusqu'à inscription de faux, mais, l'enfant devant être présenté dans un bref délai, l'officier peut s'assurer par lui-même qu'il est né récemment. Il n'est pas possible dès lors, du moins à quelques jours près, de ne pas considérer comme exact l'âge indiqué. La preuve contraire serait admissible sans doute en principe; néanmoins au delà de certaines limites, elle supposerait chez cet officier une erreur si grossière, qu'on réussira difficilement dans la pratique à soutenir que l'enfant est véritablement plus âgé que ne le porte le titre. Il est donc essentiel de ne pas laisser passer le délai de trois jours. Toutefois cette obligation légale n'avait pas de sanction pénale lors de la promulgation du Code civil; on avait craint d'éloigner de la mère les secours que sa position réclamait, en menaçant éventuellement d'une peine ceux qui auraient assisté à un accouchement, sans le faire promptement connaître à l'autorité. Mais les dissimulations qui eurent lieu sous l'Empire, afin de soustraire aux rigueurs de la conscription ceux dont on cachait la naissance, obligèrent les rédacteurs du Code pénal de 1810 à prononcer de nouveau pour cette omission des peines correctionnelles, ainsi qu'on l'avait déjà fait en 1792.

Il y avait toutefois intérêt, même avant 1810, à ce que l'inscription de l'enfant ne fût pas retardée. On avait senti que la même présomption de vérité, qui s'attache aux déclarations de faits tout récents, ne saurait être invoquée, lorsqu'on a laissé s'écouler un long intervalle avant de les faire connaître. Et, si on pouvait tout aussi bien se présenter après les trois jours que pendant le délai, où s'arrêter ensuite ? Aussi un avis du conseil d'État du 12 brumaire an XI a-t-il décidé fort sagement que l'in-

scription, une fois le délai expiré, ne pourrait plus être opérée qu'en vertu d'un jugement. Quelques auteurs ont conclu de là que, si l'inscription avait eu lieu en fait, sans autorisation judiciaire, après les trois jours, l'enfant ne devait être censé né qu'au jour de l'inscription : fiction intolérable, qui tendrait à considérer une personne âgée de vingt ans, comme venant de naître, si on ne l'inscrivait sur le registre que vingt ans après sa naissance. Ce qui a donné lieu à cette erreur, c'est qu'on a pris à la lettre une décision rendue par la cour de Paris, le 9 août 1813. Il s'agissait, dans l'espèce, du mois qui est donné au mari pour désavouer, à partir de la naissance de l'enfant (Code civ., art. 316). Or l'enfant, qui était désavoué, n'avait été inscrit que cinq ans après sa naissance. La cour a décidé qu'une naissance déclarée aussi tardivement devait être présumée occulte, et n'avait pu dès lors faire courir le délai de l'action en désaveu. Mais tout ce qui résulte de là, c'est qu'une déclaration tardive ne peut faire foi de la date de la naissance vis-à-vis des tiers intéressés. Quant à l'âge de l'enfant, considéré en lui-même, il n'est pas possible de le fixer arbitrairement à l'époque de l'inscription; sauf à admettre plus facilement, dans ce cas, la preuve de la fausseté d'une déclaration toujours suspecte, lorsqu'elle a été ainsi différée.

420. Pareille question ne peut s'élever pour le décès, à l'égard duquel la loi n'a pas prescrit de délai. Ce n'est pas qu'on ne puisse avoir souvent intérêt à cacher un décès, aussi bien qu'à dissimuler une naissance. Mais on arrive au même but par un autre moyen. L'inhumation ne peut avoir lieu sans l'autorisation de l'officier de l'état civil (Code civ., art. 77), et des peines correctionnelles (Code pén., art. 358) sont la sanction de cette prescription, qui amène indirectement la constatation des décès.

421. Quant aux personnes qui ont qualité pour faire

la déclaration, il est évident qu'on est également obligé ici de s'en rapporter à la foi de ceux qui affirment être parents du défunt ou l'avoir reçu chez eux. Toutefois, pour bien s'assurer de la réalité du décès, et, s'il est possible, de l'identité de la personne décédée, l'officier civil doit, aux termes de la loi (Code civ., art. 77), se transporter lui-même auprès du cadavre. Mais cette obligation pénible est tombée en désuétude dans la pratique; on ne saurait raisonnablement imposer une aussi triste tâche à des fonctionnaires dont l'emploi est gratuit. Le soin de constater le décès est délégué, dans l'usage, à un officier de santé, qu'il aurait fallu, après tout, appeler pour procéder à la vérification, souvent si délicate, du fait de la mort.

422. La seule question grave que l'on puisse agiter, quant à la force probante des actes de décès, consiste à savoir si c'est bien à dessein que le législateur n'a pas signalé, parmi les mentions que doivent contenir ces actes, la date même du décès (*ib.*, art. 79). Le silence gardé sur un point de cette importance a semblé à beaucoup d'auteurs trop significatif pour ne pas faire présumer qu'on avait voulu laisser toute latitude au juge, qui aurait mission d'établir cette date à l'aide des documents les plus exacts. Ils font remarquer, en effet, combien il est utile de ne pas enchaîner son indépendance, là où une différence de jour, et même d'heure, peut exercer une influence décisive sur les droits des intéressés. Mais il faut avouer que des actes destinés à constater le décès, qui n'en contiendraient pas la date, offriraient une étrange anomalie. Plus la date de l'événement est importante, plus il convient de la constater à une époque rapprochée du moment où il a eu lieu. Telle était la pensée des anciennes ordonnances, qui désignaient l'acte de décès précisément par l'indication de cette mention substantielle. L'ordon-

nance de 1667 (tit. 20, art. 7) était en effet ainsi conçue: « Les preuves de l'âge, du mariage, et du *temps du décès*, » seront reçues par des registres en bonne forme, qui » feront foi et preuve en justice. » Écarter la date, c'eût été innover d'une manière tout à fait radicale, en supprimant précisément ce qui était jadis substantiel. Rien n'indique une pareille intention. Nous voyons Tronchet, au contraire, indiquer au conseil d'état (séance du 6 fructidor an IX) la date comme une des parties les plus essentielles de l'acte de décès et de l'acte de naissance. L'article 79, qui contient l'omission dont on se prévaut, fut voté sans discussion. On ne peut donc tirer qu'un argument extrêmement faible de sa rédaction comparée à celle de l'article 57, qui prescrit de mentionner la date de la naissance. Peut être y a-t-il, nous en convenons, quelque danger à donner force probante à la mention du décès, dans l'opinion de ceux qui veulent que la déclaration de décès fasse foi du fait même jusqu'à inscription de faux. Mais pour nous, qui ne considérons les faits déclarés devant l'officier, mais non perçus par lui, que comme établis jusqu'à preuve contraire, ce danger n'existe pas. Du reste, les formulaires délivrés aux officiers de l'état civil prescrivent cette mention, et elle a constamment lieu dans la pratique.

§ 2. Mariage.

423. Nous avons déjà reconnu (n° 128) que l'écriture n'est pas de l'essence du mariage, qu'elle n'est requise que pour la preuve. Nous avons surtout invoqué l'article 46 du Code civil, qui admet la preuve testimoniale, *s'il n'a pas existé de registres*, et l'article 75 du même Code, qui veut que l'officier civil, après avoir reçu de chaque partie la déclaration qu'elles veulent se prendre pour

mari et femme, *prononce qu'elles sont unies par le mariage*, et en *dresse acte* sur le champ. Pothier est formel sur ce point. « Ce sont ces actes, » dit-il, (*Traité du contrat de mariage*, n° 378) « qui font la preuve des mariages, et » qui établissent les parentés qui en naissent. Néanmoins, » s'il était constaté que les registres ont été perdus ou » qu'il n'en a pas été tenu, la preuve en ce cas pourrait » s'en faire, tant par témoins que par les registres et papiers » domestiques des père et mère décédés. La raison est » que, le mariage étant parfait par le consentement » que les parties se donnent en présence de leur curé, » avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est » pas de l'essence du mariage, et qu'il n'est requis que » pour la preuve du mariage. Lorsque la preuve que fait » cet acte devient impossible, il est juste d'avoir recours à » des preuves d'une autre nature. »

L'intérêt de la question ne se présente pas seulement dans le cas, heureusement assez rare aujourd'hui, où il n'aurait pas été tenu de registres. L'une des parties pourrait venir à mourir après que les consentements auraient été échangés, mais avant la signature de l'acte. Il pourra surtout arriver, et c'est dans cette hypothèse que la question a été agitée, qu'après avoir consenti verbalement, l'un des contractants refuse de signer. La cour de Montpellier a jugé avec raison, le 4 février 1840, que le contrat avait été légalement formé par le consentement respectif et par le prononcé de l'union, et que le refus de signature ne pouvait dès lors produire aucun effet. La cour de Riom, au contraire, s'était tellement attachée au système opposé, qui regarde la signature comme essentielle à la célébration, qu'elle avait validé un mariage où le consentement n'avait pas été échangé en présence de l'officier, mais où il y avait eu simplement signature des parties. Mais cet arrêt, qui tendait à détruire la publicité,

en concentrant, pour ainsi dire, la solennité du mariage dans une rédaction d'écritures, à laquelle les assistants sont étrangers, a été cassé le 22 avril 1833.

424. Nous avons aussi rattaché (n° 129) à la preuve testimoniale du mariage, afin de ne pas interrompre la suite de nos développements, la question de savoir si on doit refuser toute foi à la feuille volante sur laquelle serait inscrit un acte de mariage. Nous n'avons rien à ajouter aux arguments par lesquels nous avons essayé d'établir, contre l'opinion commune, que les mots *acte de célébration inscrit sur le registre* (Code civ., art. 194) ne devaient pas être pris dans un sens restrictif. Nous ferons seulement remarquer que l'opinion qui admet ce sens restrictif, n'est pas parfaitement conséquente. Car, s'il est constant que l'on peut, en l'absence de tout acte, prouver la célébration du mariage à l'aide des souvenirs des témoins, ne serait-il pas singulier qu'on ne dût tenir aucun compte d'un acte revêtu de toutes les formalités requises, par cela seul qu'il n'aurait pas été inscrit sur un registre ? Au moins faudrait-il admettre que le vice de l'inscription sur une feuille volante est couvert par la possession d'état, puisque l'article 196 du Code civil, qui parle du concours du titre et de la possession, n'a pas reproduit la nécessité de l'insertion sur le registre, et que l'esprit de la loi est de ne pas permettre d'élever des difficultés de pure forme, lorsqu'il y a exécution volontaire du mariage.

§ 3. Filiation.

425. C'est relativement à la filiation que s'élèvent les questions les plus délicates sur la foi des actes de l'état civil. Pour la preuve littérale, comme pour la preuve testimoniale de cette filiation, il importe de distinguer si

elle est légitime ou naturelle. Dans le premier cas, les déclarations, même émanées de tiers étrangers aux parents, suffisent, pourvu qu'elles soient reçues par l'officier civil dans la forme ordinaire, pour établir un état dont la constatation est favorable. Dans le second cas, la preuve littérale d'une filiation, dont la vérification est toujours scandaleuse et souvent difficile, ne peut émaner que des parents eux-mêmes; l'inscription sur les registres n'est plus que facultative, au lieu d'être le mode ordinaire de constatation.

426. Avant d'examiner ce qui concerne chacune de ces filiations, rappelons, pour n'avoir plus à revenir sur ce point, ce que nous avons dit en général (nº 415) sur les actes de l'état civil : qu'ils ne peuvent être probants qu'autant que le porteur de l'extrait[1] justifie de son identité avec la personne dénommée dans l'acte. Or cette difficulté s'élève surtout en matière de filiation. Ceux qui contractent mariage sont d'un âge assez avancé pour qu'il soit aisé de constater leur identité; des précautions spéciales sont prises en cas de décès, ainsi que nous l'avons vu; tandis qu'il est extrêmement difficile de reconnaître un enfant, après un long espace de temps. L'identité dans ce cas peut être, nous l'avons dit, prouvée par témoins. Et un arrêt de la cour de Paris du 13 floréal an XIII a jugé avec raison qu'on doit être reçu *de plano* à administrer cette preuve, puisqu'il ne s'agit que d'un simple fait. Au contraire, un arrêt de rejet du 27 janvier 1818 veut que l'enfant qui se présente ait en sa faveur, soit un commencement de preuve par écrit, soit du moins des présomptions ou indices graves (Code civ., art. 325). On retrouve dans la doctrine de cet arrêt la confusion que

[1] Nous verrons, quand nous traiterons de la preuve de preuve, que la foi de l'extrait se confond avec celle de l'acte original (Cod. civ., art. 45).

nous avons souvent signalée entre la preuve testimoniale directe, celle du fait que telle femme est accouchée de tel enfant, et la preuve testimoniale indirecte, celle de la possession d'état. Les restrictions de l'article 325 sont tout à fait inapplicables à cette dernière nature de preuve (voy. n° 132). Or, prouver son identité avec la personne désignée dans l'acte, établir qu'on porte tel nom, qu'on a toujours passé pour être de telle famille, qu'est-ce autre chose que prouver sommairement les principaux éléments de la possession d'état (*nomen, fama*)? Seulement on sera moins rigoureux pour cette vérification préalable, qui tend seulement à faire reconnaître que tel titre est applicable au réclamant, qu'on ne le serait, s'il s'agissait de se fonder uniquement sur la possession d'état pour établir la filiation. Mais, au fond, les justifications sont de la même nature, dans l'une et l'autre hypothèse.

427. Il est évident que cette nécesssité de prouver l'identité du porteur de l'acte avec l'enfant qui y est désigné, est commune à la filiation légitime et à la filiation naturelle. La difficulté s'élèvera à la vérité plus rarement dans ce dernier cas, la reconnaissance étant souvent faite par un acte notarié, dont il n'est délivré expédition qu'aux parties intéressées : mais, lorsqu'elle s'élèvera, l'admissibilité *de plano* de la preuve par témoins aura beaucoup plus d'importance. En effet, pour la filiation légitime, lors même qu'on se placerait sous l'empire de l'article 325 du Code civil, la difficulté serait plus théorique que pratique, les tribunaux ayant, après tout, un pouvoir discrétionnaire pour reconnaître en fait l'existence d'*indices graves*, et pour autoriser l'enquête en conséquence. Mais l'enfant naturel se trouverait dans la plus fausse position, si, porteur d'un acte de reconnaissance en bonne forme, il n'était pas admis, sans un commence-

ment de preuve par écrit,[1] à prouver son identité avec la personne dénommée dans cet acte, sous prétexte que ce commencement de preuve lui est nécessaire pour rechercher même la maternité (*ib.*, art. 345). Cette restriction ne s'applique qu'à la *recherche*, et on n'a jamais qualifié de recherche l'action par laquelle on tend simplement à se faire appliquer une reconnaissance préexistante. Autrement, il faudrait aller jusqu'à soutenir que, la recherche de la paternité étant interdite, le porteur d'un acte de reconnaissance serait non recevable à justifier de son identité avec l'enfant reconnu dans cet acte par son père naturel : proposition qui se réfute assez d'elle-même.

1° *Filiation légitime.*

428. On l'a souvent dit avec raison, la preuve de la filiation n'emporte pas à elle seule celle de la légitimité. Deux éléments en effet constituent la légitimité : le mariage et la filiation. Pour être admis à justifier du second élément, à l'aide des moyens institués par la loi dans ce but, il faut commencer par établir l'existence du premier. « La filiation des enfants légitimes », dit l'article 319 du Code civil, « se prouve par les actes de naissance inscrits « sur le registre de l'état civil. » Le législateur veut dire par là que les actes rédigés sur la déclaration de tiers, actes qui ne prouvent essentiellement que le nom, le sexe et l'âge de l'enfant, prouvent de plus la filiation, lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime. Il faut donc que l'enfant, qui veut constater son état au moyen de ces actes, commence par établir sa légitimité hypothétique, c'est-à-dire par démontrer qu'il existait entre ses prétendus pa-

[1] Nous avons réfuté (n° 415) l'opinion de ceux qui voient un commencement de preuve par écrit dans l'acte même dont on conteste l'application au réclamant.

rents un mariage, qui subsistait encore le trois-centième jour avant celui de sa naissance[1]. Si le fait de ce mariage n'était pas constant, non-seulement la légitimité ne pourrait être prouvée par l'acte, mais la filiation même ne pourrait l'être, en admettant, ce que nous supposons toujours, que l'acte ne contient pas une reconnaissance formelle du père et de la mère.

429. Le mariage une fois établi, l'acte de naissance devient la preuve de la filiation. Les personnes chargées par la loi de déclarer la naissance sont crues quant à la désignation des parents de l'enfant, du moins jusqu'à preuve contraire, dans notre opinion. Mais cet acte prouve-t-il la maternité seulement, sauf à en induire la paternité au moyen de la présomption légale qui donne le mari pour père à l'enfant conçu pendant le mariage? Ou bien prouve-t-il à la fois la maternité et la paternité légitimes ? Voilà la question essentielle, qu'il faut aborder préalablement, et dont la solution nous conduira facilement à celle des difficultés de détail que présente la matière.

430. Pour soutenir que l'acte de naissance prouve à la fois la paternité et la maternité, on fait remarquer qu'il doit énoncer les noms des père et mère (*ib.*, art. 57), ce qui suppose que les déclarants, qui connaissent habituellement les époux, attestent non-seulement le fait de la maternité, mais celui même de la paternité, en ce sens que, d'après la conduite de la mère, la paternité du mari ne pourrait être contestée. La mention des deux époux, comme père et mère de l'enfant, est donc, dit-on, consti-

[1] **Nous n'ajoutons pas que le mariage doit avoir commencé au plus tard le cent quatre-vingtième jour qui précède la naissance; car, aux termes de l'article 314 du Code civil, l'enfant né dans les cent soixante-dix-neuf premiers jours du mariage est présumé légitime, ou plutôt légitimé, tant qu'il n'est pas désavoué par son père.**

tutive de la légitimité, en tant qu'on peut l'induire de l'acte. Si le mari est omis, le silence sur un point aussi essentiel semble bien indiquer que l'enfant n'a pas été considéré comme légitime. Or les enfants légitimes sont les seuls dont la filiation se prouve par les actes de l'état civil (*ib.*, art. 319). Dès lors une déclaration qui ne mentionne pas le mari se contredit, se détruit elle-même; elle n'établit pas sans doute l'existence d'une filiation adultérine, qu'il serait impossible de constater légalement; mais elle n'établit pas non plus celle d'une filiation légitime, puisque l'écrit n'a pas été rédigé suivant le vœu de la loi, et que cette circonstance suffit pour rendre la légitimité au moins douteuse. Il n'est pas permis de scinder la foi du titre, qui doit établir tout à la fois la paternité et la maternité. Si donc le titre paraît supposer une paternité autre que celle du mari, ou bien on y ajoutera foi, et alors on arrivera à reconnaître l'existence d'une filiation adultérine, ce qui eût été possible dans l'ancienne jurisprudence; ou bien on refusera d'y ajouter foi, le Code civil n'admettant pas la preuve de pareils faits, et alors on devra le rejeter en totalité, puisque ce n'est plus l'acte de naissance d'un enfant légitime.

Ce système de l'indivisibilité du titre n'est pas nouveau. Il a été souvent reproduit et réfuté, dans les nombreuses discussions sur les questions d'état qui ont eu lieu devant nos anciens parlements. Dès 1664, l'avocat général Talon y avait déjà répondu, que, « comme » la preuve de la filiation avait été estimée par les juris- » consultes une chose presque impossible, ils avaient » tous résolu qu'il suffisait à un enfant, pour se dire fils » légitime, de prouver qu'il était né pendant le mariage. » Et de nombreux arrêts du parlement de Paris (voir Merlin, *Répert.*, au mot *Légitimité*) avaient sanctionné cette doctrine. En effet, ce qui est susceptible d'être vérifié par

le témoignage des hommes, c'est l'accouchement. On ne peut arriver à la paternité que par une induction tirée de ce que la conception a eu lieu pendant le mariage, et doit être dès lors attribuée au mari, tant qu'il n'y ait désaveu. Comment pourrait-il en être autrement? Comment l'acte de naissance pourrait-il prouver directement la paternité? Quelles lumières ont les témoins de l'accouchement sur le fait de la conception? Si à Rome, où le système des preuves était si large, la déclaration de la mère elle-même ne faisait pas foi contre son enfant (*Scæv.*, l. 29, § 1, ff, *de probat.*), serait-il raisonnable chez nous d'accorder plus de confiance, sur la question de paternité, au médecin, à la sage-femme, ou au simple particulier, qui se sera trouvé assister à la naissance? Tout au plus ces personnes peuvent-elles avoir la connaissance d'un commerce adultérin. Mais vouloir conclure d'une manière absolue de l'adultère à la non paternité du mari, c'est une prétention aussi contraire à la logique qu'à l'esprit et au texte de la loi. Toutes les fois donc que les déclarants indiquent explicitement ou implicitement un autre père que le mari, ils attestent ce qu'ils n'ont pas mission d'attester, ce qu'il leur est même impossible de savoir avec certitude. Un titre est indivisible, quand il contient deux énonciations légales qui doivent se combiner. Il cesse de l'être, quand l'une des énonciations est prohibée par la loi, et doit en conséquence être réputée non avenue.

Il est vrai qu'on invoque l'article 57, qui prescrit la mention du père. Mais le même article veut qu'on mentionne les prénoms, noms, profession et domicile des témoins : énonciation qui n'est rien moins que substantielle. D'ailleurs cet article prouverait trop; car il ne distingue pas entre la filiation légitime et la filiation naturelle, à l'égard de laquelle il n'est nullement permis de

déclarer le père. De plus, refuser toute foi à l'acte, à défaut de l'indication du père, qu'il est si facile de suppléer, lorsque la maternité est bien établie, c'est créer, contre l'intention formelle du législateur, des nullités dans les actes de l'état civil; c'est faire dépendre le sort des enfants d'une inexactitude de rédaction. L'opinion qui rejette la prétendue indivisibilité du titre avait déjà prévalu dans l'ancien droit; alors cependant la loi ne prohibait pas, comme aujourd'hui, la constatation d'une filiation adultérine, et nous avons vu (n° 135) que Marie Aurore avait obtenu du parlement de Paris un arrêt qui la déclarait fille adultérine du maréchal de Saxe. C'est ce qui explique les décisions, peu nombreuses du reste, qui se sont attachées aux énonciations destructives de la légitimité, contenues dans l'acte de naissance. Il était tout simple qu'il fût permis de s'y attacher, puisqu'elles pouvaient faire foi, suivant les circonstances. Néanmoins l'immense majorité des arrêts s'en est tenue à la présomption de légitimité jusqu'à désaveu. Aujourd'hui nous n'avons plus même la raison de douter qui existait alors, puisque les énonciations indiquant une paternité adultérine sont repoussées par la législation actuelle. A une époque même où la subversion des principes constitutifs de la famille avait singulièrement affaibli l'honneur de la légitimité, le 19 floréal an II, la Convention nationale approuva le refus fait par un officier de l'état civil de recevoir la déclaration d'une femme qui attribuait à son enfant un autre père que le mari. Depuis est intervenu le Code civil qui a expressément prohibé, sauf le cas de désaveu, toute reconnaissance et toute recherche d'une filiation adultérine. Les déclarants n'ont donc pas à déposer de la paternité, puisqu'ils ne sont pas autorisés à déclarer un autre père que le mari, qui seul a qualité pour combattre la présomption légale. La désignation du

père légitime de l'enfant n'est donc qu'une affaire de forme. Si l'omission a été involontaire, il serait par trop injuste qu'elle pût nuire à l'enfant; si, au contraire, elle se rattache à l'indication, plus ou moins explicite, d'une paternité adultérine, les déclarants ont excédé leurs pouvoirs, puisque, de simples narrateurs du fait de l'accouchement, ils se sont transformés en arbitres quant à la question de paternité, sur laquelle ils n'avaient aucune donnée positive.

431. Appliquons maintenant cette solution aux diverses irrégularités que peut présenter l'acte de naissance, sous le point de vue qui nous occupe.

432. Le cas le moins grave est celui où l'enfant a été inscrit comme né de telle femme, désignée par son nom de femme mariée, sans que le nom du mari lui même ait été ajouté. Il est difficile en ce cas, même dans l'opinion contraire à la nôtre, de considérer l'acte comme nul. Bien qu'on ne se trouve pas littéralement dans les termes de l'article 57, il faut reconnaître que la mari a été virtuellement désigné comme père, par cela seul que rien n'indique un autre père que lui, et que c'est précisément par le nom qu'elle tient du mari qu'on a désigné la mère Nous ne pensons donc pas que cette première espèce puisse donner lieu à des doutes sérieux dans la pratique.

433. En second lieu, l'enfant peut avoir été inscrit comme né de telle femme mariée et d'un père inconnu. Les déclarants émettent ici des doutes sur la légitimité. Mais, lors même qu'ils auraient qualité pour émettre des doutes, on devrait toujours décider, puisqu'il n'y a que doute, que la présomption de la loi doit l'emporter. Aussi un arrêt de rejet du 22 janvier 1840 a-t-il considéré en pareille circonstance l'acte comme prouvant suffisamment la légitimité, bien que la mère elle-même fût désignée d'une manière inexacte dans le titre; mais son identité n'était pas douteuse.

434. Le troisième cas est celui où l'enfant a été inscrit comme né de telle femme mariée et d'un père déterminé, autre que le mari. Ici le mariage se trouve encore attesté par l'acte de naissance même ; mais on ajoute la mention positive d'une paternité adultérine. Cette mention ne pourrait avoir de force pour détruire la légitimité qu'autant que le titre serait considéré comme indivisible. Mais nous croyons avoir démontré qu'il est impossible de considérer comme un seul et unique témoignage cette déclaration complexe, que l'enfant est né de telle femme, et qu'il a tel père autre que le mari. Autant il est raisonnable d'attribuer aux témoins de l'accouchement qualité pour attester le premier point, autant il serait dangereux et arbitraire de les en croire sur le second. L'opinion qui veut rejeter l'acte dans son entier tendrait à réduire dans l'espèce le réclamant (s'il n'a pas de possession d'état) à prouver par témoins le fait de l'accouchement, pourvu toutefois qu'il eût en sa faveur un commencement de preuve par écrit ou des indices graves. Mais l'article 323 du Code civil ne réduit à cette dernière ressource que *l'enfant inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus.* Alors seulement on peut dire qu'il y a *défaut de titre* aux yeux de la loi. Or celui qui est inscrit sous le nom de sa mère n'est placé dans aucune de ces deux hypothèses; il peut donc se prévaloir de la preuve littérale de la maternité, pour arriver, à l'aide de la présomption légale, à démontrer la paternité légitime. La jurisprudence la plus récente est en ce sens. Nous citerons notamment un arrêt de la cour de Paris du 6 janvier 1834, et un arrêt de celle de Montpellier du 20 mars 1838. Les considérants, dont la cour de Paris a appuyé sa décision, consacrent formellement les idées que nous avons émises; ce qui est d'autant plus remarquable que cette même cour paraissait autrefois s'attacher à l'ancienne maxime de l'indivisibilité

du titre. L'arrêt commence par viser la date de la naissance et celle du mariage. Alors il ajoute : « Considérant » que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le » mari ; considérant que cette présomption légale, qui » ne cesse d'avoir son effet que dans le cas de désaveu » admis en justice, ne peut être détruite par la déclara- » tion faite dans l'acte de naissance par un étranger, que » le père de l'enfant n'est point le mari de la mère ; qu'une » pareille énonciation, contraire au texte de la loi, qui » veut que les actes de l'état civil n'énoncent que ce qui » doit être déclaré par les comparants, contraire aux » mœurs, puisqu'elle attesterait l'inconduite de la mère, » l'est également aux intérêts de l'enfant, auquel elle im- » prime un caractère d'adultérinité ; considérant qu'on » ne peut admettre comme vraie la déclaration contenue » en l'acte dont il s'agit, sans porter atteinte à la loi, qui » d'un côté prohibe la reconnaissance des enfants adulté- » rins, et qui de l'autre interdit la recherche de la pater- » nité, soit en faveur de l'enfant, soit contre lui. »

435. Enfin, le cas le plus grave est celui où l'enfant est inscrit sous le nom de fille de sa mère. Et au point où la discussion est parvenue, peu importe qu'on ait ou non indiqué un père adultérin, puisque, suivant nous et suivant les arrêts les plus récents, cette indication doit être réputée non avenue. Mais la raison de douter se tire de ce que, la filiation se présentant comme une filiation naturelle, la désignation de la mère, faite sans son aveu, n'avait aucune force. Il ne faut donc pas s'attacher, dit-on, à une désignation qui régulièrement n'aurait pas dû intervenir. La crainte d'une révélation indiscrète ne peut-elle pas amener l'infanticide, au cas d'une filiation adultérine, tout aussi bien que s'il s'agissait d'une filiation simplement naturelle ? Mais il est facile de répondre à ces objections. Le scandale, dont on se préoccupe, ne tient pas à la dé-

claration de la maternité, mais à l'indication des circonstances qui font considérer cette maternité comme adultérine. Que ceux qui font la déclaration se conforment à la loi, et il n'y aura aucun danger à craindre. De deux choses l'une : ou ils savent que la mère est mariée, ou ils l'ignorent. Dans le premier cas, ils doivent désigner l'enfant sous le nom de femme mariée de sa mère; car ils n'ont pas qualité pour faire planer sur sa tête le soupçon d'adultérinité. Si, au contraire, ils ignorent le mariage, ils doivent, ainsi que nous le verrons bientôt en traitant de la filiation naturelle, s'abstenir de faire connaître la mère. Dès lors la crainte de l'infanticide n'est pas fondée, puisque la mention de la mère sera honorable pour elle, ou bien sera tout à fait omise. On invoque cependant en sens contraire les décisions rendues dans la célèbre affaire *Virginie* (arrêt de la cour de Paris du 15 juillet 1808, et arrêt de rejet du 22 janvier 1811), où la réclamante a échoué, bien qu'invoquant un acte de naissance, où elle était inscrite sous le nom de fille de sa prétendue mère et sous celui d'un père adultérin [1]. Toutefois le premier considérant de l'arrêt de rejet se fonde sur ce que l'identité de la mère dénommée dans l'acte, avec la femme dont Virginie se prétendait fille, n'était pas établie. En l'absence de preuve de l'identité, point souverainement jugé par la cour de Paris, puisqu'il n'impliquait qu'une question de fait, la question du plus ou moins de force probante de l'acte n'avait plus d'intérêt. Quoi qu'il en soit, on peut opposer avec avantage à certains considérants de la cour de Paris et de la cour de cassation dans

[1] Il est à remarquer que l'acte de naissance était du 16 pluviôse an II, et que ce ne fut que le 19 floréal suivant que la Convention déclara qu'on ne pouvait reconnaître une paternité adultérine, comme on le faisait souvent jadis : l'espèce a donc un caractère transitoire, qui en altère singulièrement l'importance.

l'arrêt Virginie : d'abord, dans l'ancienne jurisprudence, l'arrêt la Plissonnière, rendu en 1712 par le parlement de Paris dans une espèce identique; et dans la jurisprudence moderne, les arrêts de 1834 et de 1838, qui consacrent formellement la doctrine, qu'on ne doit rechercher dans l'acte de naissance qu'une seule chose : la preuve que l'enfant a été conçu pendant le mariage. De plus, l'arrêt de rejet du 22 janvier 1840 a statué sur une espèce bien voisine de celle qui nous occupe. L'enfant n'était pas inscrit, il est vrai, sous le nom de fille de sa mère, mais il l'était sous un prénom : ce qui n'a pas empêché la cour de le déclarer légitime, l'identité de la femme mariée et de la femme dénommée en l'acte étant bien établie. Nous admettrons seulement avec la cour de Paris (arrêts du 28 juin 1819 et du 4 décembre 1820) que le fait même d'une inscription aussi irrégulière peut être considéré comme constituant recel de la naissance, et autoriser (Code civ., art. 313) l'action en désaveu pour adultère. Mais il y a loin de cette plus grande facilité de désaveu à la destruction complète de la présomption de légitimité.

436. Le système que nous combattons n'est, après tout, qu'une réaction déguisée contre les principes restrictifs du Code civil, quant à la faculté de désaveu pour le mari. Pour étendre les cas d'exception à la règle qui veut que le mari soit présumé le père de l'enfant conçu pendant le mariage, on attribue aux témoins de l'accouchement la faculté de détruire la preuve de l'état légitime, par cela seul qu'ils font plus ou moins clairement allusion à l'existence d'une paternité adultérine. Du moins, dans l'ancien droit, lorsqu'on s'attachait à la déclaration d'une paternité de cette nature, ainsi que le parlement de Paris le fit, conformément aux conclusions de l'avocat général Joly de Fleury, le 31 mai 1745, on pouvait, sans violer

aucune loi, décider qu'il y avait *impossibilité morale* de paternité, et constater authentiquement, d'après le dire des déclarants, la paternité adultérine. Aujourd'hui une décision semblable serait une double violation du Code civil, qui n'admet pas que la simple impossibilité morale puisse faire tomber la paternité, et qui permet encore moins d'attribuer à l'enfant un père autre que le mari de sa mère. Aussi en est-on réduit à prétendre que l'acte ne prouve pas même la maternité : ce qu'on n'a jamais soutenu autrefois, et ce qui est contraire à toute vraisemblance. Car quel rapport y a-t-il entre les conjectures plus ou moins exactes que font les déclarants sur le fait de la paternité, et la réalité de l'accouchement, qu'ils ont vu de leurs propres yeux ? Enfin, jadis l'enfant pouvait obtenir au moins des aliments des parents adultérins qui lui étaient attribués ; tandis qu'on le prive aujourd'hui de toute ressource, en déclarant qu'il n'est ni l'enfant légitime, ni l'enfant adultérin de la femme, que le bon sens, que l'évidence des faits proclament sa mère.

2° *Filiation naturelle.*

437. Parlons d'abord des actes qui constatent la filiation naturelle simple ; puis nous dirons quelques mots de celle qui est incestueuse ou adultérine.

438. La déclaration des personnes qui ont assisté à l'accouchement, sans être fondées de pouvoir du père et de la mère, n'a pas pour but de prouver la filiation naturelle, comme elle prouve la filiation légitime aux termes de l'article 319 du Code civil. Mais l'indication du père ou de la mère peut avoir lieu en fait, et alors on se demande si elle a quelque force.

439. On est d'accord en ce qui touche le père. Bien que les énonciations, prétendues substantielles, de l'ar-

ticle 57 comprennent le nom du père, sans distinguer s'il s'agit ou non d'un enfant légitime, on ne doit jamais indiquer le père naturel, lorsqu'il ne se déclare pas. En effet, le premier projet de loi sur les actes de l'état civil, présenté en l'an X, contenait un article ainsi conçu : « S'il » est déclaré que l'enfant est né hors mariage, et si la » mère en désigne le père, le nom du père ne sera inséré » dans l'acte de naissance qu'avec la mention formelle » qu'il a été désigné par la mère. » Mais cette disposition fut vivement combattue par le tribunat, comme tendant indirectement à faire revivre la recherche de la paternité, et le projet fut retiré. L'article fut retranché l'année suivante, lors de la rédaction définitive, et il fut dit expressément, dans les discours qui précédèrent le vote de la loi, que la mention du père dans l'article 57 n'avait trait qu'à la filiation légitime. Il ne peut y avoir de doute que dans le cas d'enlèvement, où la recherche de la paternité est admise. Mais qui garantira à l'officier civil que le fait de l'enlèvement est réel, que la personne qu'on lui désigne est bien le ravisseur de la mère, enfin que l'époque de la conception se rapporte à celle de l'enlèvement? Il vaut mieux ne rien préjuger sur ces questions délicates, en s'abstenant de toute énonciation de cette nature, jusqu'à ce que les tribunaux aient prononcé. Ainsi, dans toutes les hypothèses, la mention du père n'a aucune force probante à son égard.

440. Les opinions sont partagées en ce qui concerne la mère. Puisque la recherche de la maternité est admise, il semble que la révélation du nom de la mère n'a rien de contraire à l'esprit de la loi. Et, si la mention du père a été proscrite par le législateur, aucune difficulté n'a été soulevée quant à celle de la mère, à l'égard de laquelle il n'y a pas la même incertitude. Il est d'usage en effet, dans la rédaction des actes de naissance, du

moins à Paris, de désigner la mère, sans s'être assuré au préalable de son consentement. Voyons si cette pratique a une utilité réelle, et si elle ne présente pas, au contraire, de graves dangers. On pourrait peut-être l'approuver, si l'enfant devait y trouver la preuve de son état. Mais l'article 336 du Code civil, qui exige l'aveu de la mère, pour que la reconnaissance du père ait effet à son égard, démontre clairement que la mère n'est point liée par une reconnaissance à laquelle elle n'a point participé ; et, quoi qu'en dise Toullier (t. II, n° 866), il est difficile d'attribuer aux personnes présentes à l'accouchement une faculté qui n'appartient pas au père. Ce serait transporter dans la matière de la filiation naturelle ce qui n'a été établi qu'à raison de la faveur de la filiation légitime. L'indication de la mère pourra-t-elle valoir au moins comme un commencement de preuve par écrit? Nous avons déjà préjugé cette question, lorsque nous avons fait remarquer (n° 144) que l'extension donnée par la loi (Code civ., art. 324) à la notion du commencement de preuve par écrit, en matière de filiation légitime, n'était nullement reproduite (*ib.*, art. 341) quant à la recherche de la maternité naturelle. La raison de différence est sensible, puisqu'il s'agit, dans le premier cas, d'un fait honorable, dont on peut emprunter la preuve à des déclarations émanées de tiers, et, dans le second, d'un fait déshonorant, qu'il n'est pas permis d imputer à une femme, tant qu'un aveu émané d'elle ne rend pas l'imputation vraisemblable. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de cassation du 28 mai 1810. L'utilité de la mention de la mère se borne donc à fournir un simple renseignement, qui peut mettre l'enfant sur la trace de son origine. Encore cette utilité est-elle bien faible, puisqu'il lui faudra toujours, pour être admis à rechercher sa mère, un commencement de preuve émané d'elle, com-

mencement de preuve qui suppose d'ordinaire qu'il a déjà avec elle quelques relations. D'autre part, cette indication, faite sur la simple foi des déclarants, présente de graves dangers. Si la déclaration est fausse, c'est une injure adressée gratuitement à une femme honnête. Si elle est vraie, la mère sans doute n'est pas fondée à se plaindre, puisque la société n'était pas tenue de lui garder le secret de ses fautes; mais n'est-il pas à craindre alors que l'avortement ou l'infanticide ne préviennent une révélation accablante? Nous pensons donc que la maternité, comme la paternité naturelle, ne doit pas être constatée sans l'aveu de la partie intéressée, et qu'en l'absence de cet aveu, il faut se borner à indiquer ce qui est substantiel à l'acte de naissance : l'âge, le sexe et les noms de l'enfant.

441. Le mode de preuve préconstituée, établi pour la reconnaissance volontaire de la paternité ou de la maternité naturelle, consiste, soit dans l'inscription de cette reconnaissance sur les registres de l'état civil, soit dans la rédaction d'un acte authentique, destiné à la constater (Code civ., art. 34 et 334). Cette dernière forme a été établie afin de permettre les déclarations secrètes, qui assurent le sort de l'enfant sans compromettre la réputation de ceux qui les souscrivent. Si on n'a pas été plus loin, si on n'a pas admis comme titre valable un acte sous seing privé, c'est qu'on a pensé que la reconnaissance pourrait ne pas émaner d'une volonté suffisamment libre, si la présence d'un officier public ne venait pas attester que la déclaration a été faite sérieusement, et non sous l'empire d'un entraînement passager [1].

[1] Les frais, d'ailleurs, sont trop peu considérables pour qu'on puisse supposer qu'ils fassent reculer les parents naturels devant l'accomplissement d'un devoir : l'enregistrement ne perçoit sur les actes de reconnais-

442. On ne peut considérer comme acte authentique que l'acte émané d'un officier qui, ayant qualité pour recevoir les déclarations des parties, offre les garanties dont la loi a voulu entourer la reconnaissance. Les notaires sont incontestablement dans cette catégorie. On a reconnu, lors de la discussion, qu'il en était de même des juges de paix, assistés de leurs greffiers, et cette décision, consacrée par la jurisprudence, est en harmonie avec le droit attribué à ces fonctionnaires de recevoir d'autres actes relatifs à l'état des personnes, tels que celui d'adoption (Code civ., art. 353). Et même, d'après le sens que nous avons donné (nº 350) à l'article 54 du Code de procédure, qui n'a voulu évidemment refuser au procès-verbal de conciliation que la force exécutoire, et non l'authenticité intrinsèque, une reconnaissance pourrait être valablement constatée par ce procès-verbal. Quelques doutes se sont pourtant élevés dans cette dernière espèce, la reconnaissance de paternité paraissant n'être qu'une transaction à la suite de poursuites illégales, et manquer dès lors de la liberté qu'exige l'esprit de la loi. Mais c'est précisément parce que la recherche de la paternité n'est plus admise, qu'il n'est pas à craindre que la reconnaissance nous soit extorquée par la menace d'un procès, dans lequel il nous serait même permis de faire défaut, sans nous exposer à aucune condamnation. L'aveu sera donc présumé sincère, si rien dans les circonstances n'indique qu'il ait été l'effet d'une violence morale. Ce qui est évident du reste, c'est qu'on ne devrait attribuer aucune force à la déclaration faite devant un fonctionnaire administratif (arr. de la cour de Pau du 18 juillet 1810), et à

sance qu'un droit fixe de cinq francs (loi du 28 avril 1816, art. 45), et ils sont enregistrés gratuitement (loi du 15 mai 1818, art. 77) quand les parents sont dans un état d'indigence notoire.

plus forte raison, devant un ministre du culte (arr. de la cour de Paris du 22 avril 1833).

443. L'acte authentique ne doit pas être nécessairement spécial. Il n'est pas douteux qu'un testament ou un contrat de mariage ne puisse contenir accessoirement la reconnaissance d'un enfant naturel. Si le testament n'est pas authentique, mais seulement mystique, c'est-à-dire remis avec certaines formes, en présence de six témoins, entre les mains d'un notaire, qui constate le dépôt par un acte de suscription (Code civ., art. 976), on pense généralement que, ces garanties équivalant à celles qu'offre le testament authentique, la reconnaissance est encore valable. Mais cette opinion n'est pas exacte, si l'acte contient seulement mention, en la forme ordinaire, que le testament a été déposé avec les solennités requises. Car rien n'indique au notaire et aux témoins cette reconnaissance, dont l'insertion dans le testament mystique peut fort bien n'avoir pas été l'œuvre d'une volonté libre. Il nous semble donc nécessaire, pour satisfaire au vœu de la loi, que l'acte de suscription contienne la mention expresse que tel enfant naturel a été reconnu par le testateur. A plus forte raison refuserons-nous tout effet sous ce rapport à un testament purement olographe. La cour de cassation avait jugé le contraire sous l'empire de la coutume de Paris, qui réputait (art. 289) *solennel* testament. Mais, sous l'empire du Code civil, qui ne dit rien de semblable, elle a décidé, par un arrêt de rejet du 7 mai 1833, qu'un acte de cette nature ne peut être réputé authentique. En effet, il y a bien date certaine, mais nous avons vu que la question n'était pas là, et que le législateur avait exigé comme garantie la présence d'un officier public. Un testament olographe offre autant de prise à l'entraînement et à la suggestion qu'un acte sous seing privé ordinaire.

444. On s'est demandé enfin si l'enfant, porteur d'un acte de reconnaissance sous seing privé, peut utilement assigner en vérification d'écriture le signataire de cet acte. Toullier (t. II, n° 951) soutient l'affirmative sans distinction, parce qu'il ne regarde pas comme impérative la disposition du Code qui exige une reconnaissance authentique; mais cette opinion paradoxale est universellement rejetée. Si l'authenticité est exigée comme garantie, celui qui a souscrit un acte sous-seing privé récognitif de la paternité, quelque blâmable que puisse être en conscience sa conduite, peut fort bien, aux yeux de la loi, refuser purement et simplement de répondre à la demande dirigée contre lui. Mais les mêmes motifs n'existent pas à l'égard de la mère : la surprise est peu à craindre lorsqu'il s'agit de faits aussi positifs que la grossesse et l'accouchement. On peut donc faire vérifier en justice l'écrit émané de la prétendue mère, et, s'il est reconnu ou tenu pour reconnu, il aura indubitablement contre elle la force d'un commencement de preuve par écrit. Mais prouvera-t-il à lui seul la maternité? S'il la prouve, à quoi bon dire, en ce qui concerne la mère, qu'un acte authentique est exigé? Il faut distinguer, suivant nous, si la mère a reconnu sa signature sans faire aucune réserve, ou bien si la signature a eté seulement vérifiée contre elle. Dans le premier cas, la reconnaissance est authentique, puisqu'il y a aveu judiciaire. Dans le second cas, il y a bien commencement de preuve, mais il n'y a pas reconnaissance dans les formes légales, et il faudra d'autres preuves pour fortifier celle qui résulte de l'acte.

445. L'écrit sous seing privé, par lequel on reconnaît la paternité, peut-il au moins valoir pour autoriser l'enfant à réclamer des aliments? La négative paraît certaine, puisque les aliments ne peuvent être exigés qu'en vertu d'une

qualité que l'acte est insuffisant pour établir; mais on admet assez volontiers la validité d'une promesse d'aliments faite par l'acte même à l'enfant qui aurait été ainsi reconnu. Vainement dira-t-on que la promesse n'ayant pour cause que la qualité de père, tombe avec la déclaration de paternité, à laquelle elle était intimement liée. Le fait seul que le signataire a pu considérer comme probable sa parenté avec l'enfant suffit pour que la promesse d'aliments ne soit pas sans cause : on sait d'ailleurs combien les aliments sont toujours favorables.

446. Il nous reste à parler de la filiation incestueuse ou adultérine. Conformément à la jurisprudence de la cour de cassation (voir notamment l'arrêt de cassation du 4 décembre 1837), nous pensons que la reconnaissance d'une pareille filiation (voir n° 147) est nulle, soit qu'on l'invoque pour l'enfant, afin de lui faire obtenir des aliments, soit qu'on l'invoque contre lui, afin de réduire les libéralités dont il aurait été l'objet. Nous croyons toutefois que le cas de désaveu, d'où résulte forcément une maternité adultérine, n'est pas le seul où une filiation entachée de pareils vices puisse être authentiquement constatée; car il faut bien trouver une application à l'article 762 du Code civil, qui parle des enfants incestueux ou adultérins, et de paternité aussi bien que de maternité. Nous avons reconnu que, lorsque l'enfant est conçu pendant le mariage de ses père et mère, l'acte de naissance constate sa filiation. Or, si deux personnes se marient de mauvaise foi, malgré l'existence d'un empêchement dirimant (s'il y avait bonne foi de l'un d'eux, les enfants seraient considérés comme légitimes), les enfants qui naissent de la femme sont inscrits sous les noms des prétendus époux, qui sont leurs parents légitimes en apparence ; plus tard le mariage est considéré comme n'ayant jamais existé : mais ne peut-on pas

considérer comme un fait accompli la constatation de la filiation, constatation qui a eu lieu suivant les formes qu'exigeait la légitimité supposée de l'enfant? Ici le scandale était tout entier dans le prétendu mariage, et non dans la déclaration que les enfants en étaient issus. La filiation vicieuse n'est pas alors malicieusement révélée, puisqu'elle éclate, en quelque sorte, aux yeux de tous. L'existence d'un mariage apparent n'emporte-t-elle pas, d'ailleurs, dans une certaine mesure, présomption de fidélité à son complice chez la femme qui a vécu volontairement dans un état qu'elle pouvait faire cesser d'un moment à l'autre? C'est là, du moins, la manière la plus raisonnable de donner un sens à la loi. Il y aura cependant une difficulté de plus pour la filiation adultérine, si c'est une femme mariée qui a contracté, avec son complice, le mariage apparent. La présomption qui attribue le mari pour père à l'enfant conçu pendant le mariage, ne perdrait pas son empire en ce qui touche le mari véritable, par cela seul qu'il y aurait eu bigamie; mais, quand le désaveu aura fait tomber cette présomption, ce qui aura presque toujours lieu dans l'espèce, des unions de cette nature supposant en général l'éloignement du mari, on pourra s'attacher subsidiairement à la paternité que font supposer les relations maritales établies entre les personnes sous le nom desquelles l'enfant a été inscrit.

DEUXIÈME SECTION.

DE L'ACTE AUTHENTIQUE EN MATIÈRE CRIMINELLE.

---

447. Il semble, au premier coup d'œil que, dans la législation actuelle, l'usage de preuves préconstituées, auxquelles le juge est obligé d'ajouter foi, doive être rejeté d'emblée en matière criminelle. En effet, l'article 342 du Code d'instruction criminelle, s'attachant uniquement à l'intime conviction, abroge formellement l'ancien système des preuves légales; et, d'après une jurisprudence aujourd'hui constante (voir un arr. de cass. du 7 février 1835), cet article, bien que placé sous la rubrique *des affaires qui doivent être soumises au jury*, est applicable à toutes les juridictions. Mais, quelque importante que soit cette disposition, il ne faut pas s'en exagérer la portée. Tout ce qui en résulte, c'est qu'en général, le juge ou le juré doit obéir aux inspirations de sa conscience, sans que sa conviction soit soumise à des règles préconçues. Cela est incontestable; mais, il faut le dire, cela est également vrai en matière civile, où l'on doit reconnaître aussi que la libre conviction du juge est la règle, et la preuve légale, l'exception. Seulement, dans les matières civiles, où la preuve écrite et les présomptions légales se trouvent presque toujours en jeu, l'exception se rencontre si fréquemment, qu'elle semble y être la règle. Dans les matières criminelles, au contraire, où c'est la

preuve testimoniale qui joue le plus grand rôle, l'instruction, pour celui qui ne l'envisage que superficiellement, semble ne laisser aucune prise à la preuve préconstituée. L'emploi de preuves légales est cependant beaucoup moins rare qu'on ne l'imagine devant les juridictions criminelles.

448. Si nous avions à nous occuper ici de la preuve du droit, il nous serait facile d'établir que les questions relatives, non pas à la constatation des faits, mais à la détermination de la catégorie légale à laquelle ils appartiennent, comme lorsqu'il s'agit de savoir si tels faits, en les supposant bien établis, constituent un *vol*, un *meurtre*, etc; ne donnent pas lieu à une appréciation plus ou moins arbitraire, mais bien à l'application de principes rigoureux et d'une stricte logique. Nous aurions dès lors à nous demander jusqu'à quel point il convient de soumettre aux simples particuliers qui composent le jury, ainsi que paraît le faire l'article 337 du Code d'instruction, une question complexe, posée en ces termes : *L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel crime?* ce qui les rend juges tout à la fois de la question de fait : *Tel acte a-t-il été commis?* et de la question de droit : *Cet acte constitue-t-il un meurtre, un assassinat, etc. ?* Mais cet examen nous entraînerait au delà des limites de notre sujet, qui, nous l'avons dit en commençant (n° 21), est étranger à la preuve du droit, et par conséquent aux questions de compétence qui s'y rattachent [1].

449. Pour en revenir au but de cet ouvrage, c'est-à-dire à la constatation des points de fait, il est facile de reconnaître que, même sous ce rapport, la preuve pré-

[1] On peut consulter, sur cette théorie de la séparation du point de droit et du point de fait, l'article que nous avons publié dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, n° de mars 1843.

constituée se retrouve devant les tribunaux criminels, sous deux points de vue :

1° Il y a des officiers appelés à constater certaines infractions, et dont les déclarations ont un véritable caractère d'authenticité ;

2° Les actes authentiques ordinaires, tels que les actes notariés, peuvent être invoqués au criminel.

450. Nous nous occuperons d'abord de l'authenticité spéciale aux matières criminelles; puis de l'application à ces matières de l'authenticité ordinaire.

PREMIÈRE DIVISION.

ACTES AUTHENTIQUES PROPRES AUX MATIÈRES CRIMINELLES ; PROCÈS-VERBAUX[1].

451. Tous les fonctionnaires qui ont qualité pour constater des infractions à la loi pénale, peuvent dresser des actes destinés à relater exactement les faits dont ils ont été témoins, et qu'on appelle dans la pratique *procès-verbaux*. Les écrits de cette nature sont tous authentiques en ce sens qu'on ne pourrait les imiter ni les falsifier, sans s'exposer aux peines portées contre le faux en écriture publique. Mais la foi qui s'attache aux actes authentiques civils, ne s'attache pas de droit commun aux procès-verbaux, qui ne sont, en thèse générale, que des documents de la cause, susceptibles d'être débattus, tout aussi bien que les témoignages oraux. Il en est toujours ainsi en matière de crimes; jamais l'accusé, devant une cour d'assises, n'est réduit à prendre la voie de l'inscription de faux, pour faire tomber les actes les plus réguliers dressés afin de constater le crime, quand même ces actes auraient eu pour objet de constater le flagrant délit (Code d'inst. crim., art. 32).

452. Mais, en matière de police simple ou correctionnelle, on a depuis longtemps senti la nécessité d'établir des officiers, revêtus d'un caractère public, à l'effet de

[1] Nous avons déjà eu occasion de citer l'ouvrage spécial de M. Mangin, sur *les procès-verbaux en matière de délits et de contraventions*.

constater, par de véritables actes authentiques, certaines infractions, dont la fréquence tend à détruire les sources de la richesse nationale, en dégradant les forêts de l'État, en fraudant le trésor, etc. Les délits et contraventions de cette nature, connus sous le nom de *délits spéciaux*, appellent une répression toute particulière. Ils ne sont pas isolés, comme les délits ordinaires, et ils se reproduisent presque toujours systématiquement. Ceux qui les commettent, et qui en font quelquefois leur profession, recherchent la solitude, et souvent les ténèbres de la nuit, afin de se soustraire à la vigilance de l'autorité. De là une extrême difficulté pour les agents de les constater par témoins : « Il convient, » dit naïvement une ordonnance de 1402 sur les forêts, « que les sergents quièrent les » malfaiteurs le plus coyement qu'ils pèvent, et s'ils » alloient querre tesmoings, les malfaiteurs s'en pourroient » aller avant qu'ils revinssent, ne ne pèvent pas toujours » toujours mener tesmoings pour tesmoigner leurs prin» ses. » Enfin, lors même que l'infraction a eu lieu en présence de témoins, il n'est pas toujours facile d'obtenir des dépositions sincères, un préjugé malheureusement trop répandu considérant comme excusable toute déprédation qui ne s'attaque qu'aux intérêts collectifs de la société. Et cependant on ne saurait négliger ces intérêts, la richesse forestière, par exemple, ou bien l'exacte perception des revenus publics, sans compromettre au plus haut degré la prospérité du pays. Bien plus, souvent tel acte de dégradation fait un mal incalculable, tandis qu'il ne rapporte qu'un profit extrêmement faible à celui qui le commet. Pour protéger d'aussi graves intérêts contre les attaques incessantes de la cupidité, et quelquefois, il faut le dire, de la misère, on a dû créer des agents spéciaux.

453. La première trace d'une institution de cette na-

ture se trouve dans l'ordonnance rendue, le 2 juin 1319, par Philippe le Bel[1], sur l'administration des forêts royales. « Ordené est que chascun sergent sera creu par » serment, des forés des prises que il sera, où il ne charra » que amende pécuniaire. » Il paraît qu'alors les déclarations des sergents se faisaient verbalement en justice, sous la foi du serment. De là la dénomination de *procès-verbal*, qui s'est maintenue, même depuis que la rédaction écrite a été exigée. Cette institution a reçu plus tard de grands développements, et la faculté d'en être crus jusqu'à inscription de faux a été accordée à un assez grand nombre d'officiers. D'autres ont reçu seulement le pouvoir de dresser des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire. « Nul ne sera admis, à peine de nul- » lité, » dit l'article 154 du Code d'instruction, « à faire » preuve par témoins outre ou contre le contenu aux » procès-verbaux ou rapports des officiers de police ayant » reçu de la loi le pouvoir de constater les délits ou les » contraventions jusqu'à inscription de faux. Quant aux » procès-verbaux ou rapports faits par des agents, pré- » posés ou officiers auxquels la loi n'a pas accordé le droit » d'en être crus jusqu'à inscription de faux, ils pourront » être débattus par des preuves contraires, soit écrites, » soit testimoniales, si le tribunal juge à propos de les » admettre. »

454. Des doutes ont été émis par M. Faustin Hélie (préface du traité *des procès-verbaux*, de M. Mangin) sur la bonté de la législation qui investit d'un pouvoir aussi exorbitant des employés souvent fort subalternes, tels que les portiers-consignes des places de guerre. Mais les motifs que nous avons donnés pour expliquer comment on

[1] Ce fut sous ce règne que le parlement devint sédentaire et que l'administration, alors intimement liée à la justice, commença à se constituer sous des formes régulières.

a senti le besoin de cette institution, nous semblent la justifier suffisamment. Les procès-verbaux mensongers sont chose rare dans la pratique; l'intérêt que peut avoir un agent à altérer la vérité dans son rapport est bien faible, eu égard aux peines sévères auxquelles l'expose le crime de faux. Nous verrons de plus que les lois de la matière ont établi de sages précautions pour garantir la sincérité des procès-verbaux. Les abus de cette institution sont donc peu à craindre en fait. Les heureux effets, au contraire, en sont extrêmement sensibles. La statistique atteste une diminution notable des délits spéciaux, tandis que les délits ordinaires suivent malheureusement une progression ascendante. L'affaiblissement de moyens de répression qui produisent d'aussi importants résultats, ne nous paraît donc ni suffisamment motivée, ni surtout opportune.

455. Nous parlerons d'abord des conditions exigées pour la validité des procès-verbaux et, en second lieu, de la foi qui s'y attache.

§ 1. Conditions essentielles pour la validité des procès-verbaux.

456. Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans les détails des nombreuses formalités prescrites par les lois spéciales sur les procès-verbaux. Mais nous allons signaler les règles générales dont l'observation est requise dans ces actes, ou du moins dans presque tous ces actes, et qui servent de garantie contre les abus que pourrait entraîner l'importante prérogative attribuée à certains fonctionnaires.

457. La première condition requise pour la validité des procès-verbaux, c'est qu'ils aient été dressés par un officier public compétent. Ainsi un arrêt de cassation du 22 avril 1820 a déclaré nul un procès-verbal dans lequel

un garde champêtre avait constaté une contravention à la loi du 18 novembre 1814 sur la célébration des dimanches et fêtes : contravention qui, d'après cette loi, doit être constatée par les maires, adjoints ou commissaires de police. La compétence des gardes forestiers, agents des contributions indirectes, etc., n'embrasse du reste, comme celle des notaires, que le territoire pour lequel ils sont institués et assermentés. Mais il est de jurisprudence constante qu'ils peuvent dresser des procès-verbaux réguliers, sans être revêtus de leur costume. Néanmoins, l'agent, qui verbaliserait sans costume officiel, courrait un grave danger. Car, à moins qu'il ne fût bien établi que sa qualité était connue du délinquant, s'il était en butte à quelque outrage ou à quelque voie de fait, il ne pourrait invoquer les dispositions (Code pénal, art. 224 et suiv.), qui protégent le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, puisque son caractère n'aurait pas été apparent. C'est ce qu'a décidé un arrêt de rejet du 23 frimaire an XIV, relativement à un commissaire de police, qui s'était trouvé par sa faute dans cette fâcheuse position.

458. Dans le silence des lois spéciales, on ne peut étendre aux agents qui dressent les procès-verbaux, ni les motifs d'exclusion ou de reproche qui concernent les témoins, ni les motifs de récusation qui ne peuvent avoir trait qu'aux juges. La cour de cassation a donc fait une stricte, mais exacte application du droit positif, en déclarant valables des procès-verbaux dressés par le beau-frère et même par le frère des prévenus (arrêts de cassation du 7 novembre 1817 et du 18 octobre 1822). Mais cette jurisprudence accuse le vice de la législation. Il est bien difficile que l'officier, placé dans une pareille situation, rende un témoignage impartial des faits.

459. Les procès-verbaux peuvent être dressés par un

seul agent. Toutefois ceux qui sont de nature à entraîner des condamnations d'une certaine gravité, doivent être rédigés par deux personnes. C'est ainsi que l'article 177 du Code forestier exige la signature de deux agents ou gardes, pour que l'acte puisse faire foi jusqu'à inscription de faux, si le délit peut amener une condamnation à plus de cent francs, tant pour l'amende que pour les dommages-intérêts; et il en est de même à plus forte raison (arrêt de rejet du 31 décembre 1819) toutes les fois qu'il s'agit d'emprisonnement. De même la loi du 5 ventôse an XII (art. 84), exige la signature de deux employés de la régie pour que les procès-verbaux en matière de contributions indirectes fassent foi jusqu'à inscription de faux. Enfin, en matière de douanes, la même autorité est accordée aux actes par lesquels deux préposés *ou autres citoyens français* (loi du 9 floréal an VII, tit. IV, art. 1) constatent les contraventions aux lois relatives aux importations, exportations et circulations prohibées, dans toute l'étendue du *rayon frontière* [1]. On voit que la répression de cette dernière nature d'infractions est considérée comme tellement urgente, qu'on investit momentanément de simples particuliers d'un caractère public, afin de pouvoir les constater officiellement.

460. Quant aux formes du procès-verbal, il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit de la main de l'officier qui en est l'auteur. Et lors même que la loi pose en principe, ainsi qu'elle le fait pour les gardes forestiers (Code forestier, art. 165), que l'agent doit rédiger lui-même son rapport, sauf empêchement; l'empêchement s'entend, non-seulement d'un obstacle accidentel, mais même de l'impossibilité permanente, résultant de ce que le garde

[1] Rayon qui est de deux myriamètres, à partir de la frontière, et qui peut même être étendu par le gouvernement jusqu'à deux myriamètres et demi (loi du 28 avril 1816, art. 36).

ne sait pas écrire (arrêt de cassation du 18 juin 1829). On exige du moins que l'agent signe le procès-verbal, condition dont sont toutefois dispensés les gardes champêtres ; mais le rapport de ces derniers agents ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux (Code rural, tit. 1, art. 6).

461. Tout procès-verbal doit emporter avec lui la preuve de sa validité. Les formalités non mentionnées sont dès lors présumées avoir été omises (arrêt de cassation du 29 mars 1810). Ici le législateur, ainsi qu'il le fait en général pour les actes authentiques, a mis l'officier qui voudrait prévariquer dans l'alternative de commettre un faux ou une nullité.

Il n'y avait aucun motif non plus pour distinguer entre les matières criminelles et les matières civiles, quant à la nullité des ratures, surcharges et interlignes non approuvés. L'application qui est faite de cette règle (Code d'inst. crim., art. 78) au procès-verbal d'information dressé par le juge d'instruction, a paru si raisonnable qu'on est d'accord pour l'étendre aux procès-verbaux de toute nature. Mais la cour de cassation (arrêt du 30 juillet 1824) restreint avec raison au procès-verbal d'information la règle qui exige, pour les ratures et renvois, une approbation avec signature ; le paraphe, qui suffit pour les actes notariés, doit suffire pour tous les cas où un texte formel n'exige pas davantage.

462. Presque tous ceux de ces actes qui font foi jusqu'à inscription de faux, sont soumis dans un délai, qui est ordinairement de vingt-quatre heures, à l'affirmation en justice. Cette formalité n'est que la reproduction, sous un autre nom, du serment qui autrefois (Ord. de 1319) constituait à lui seul toute la solennité, la déclaration étant verbale. Aujourd'hui le serment est une garantie additionnelle, mais une garantie sérieuse ; la nécessité de se présenter à bref délai devant un juge pour

réitérer son témoignage, appelle l'attention de l'agent sur la gravité de la mission qui lui est confiée. Les termes qui constatent cette affirmation ne sont pas sacramentels, mais il faut qu'on puisse en induire une prestation de serment. S'il est seulement dit que le rédacteur *persiste* dans le procès-verbal, qu'il en *confirme* le contenu, qu'il le *déclare sincère et véritable*, il y aura nullité, toujours d'après le principe qu'une formalité qui n'est pas constatée, est censée omise. Du reste, l'affirmation est le complément du procès-verbal, et on décide avec raison (arrêt de rejet du 1er avril 1830) que, si la signature était nécessaire pour la validité de l'acte affirmé, l'acte d'affirmation doit être signé lui-même, à peine de nullité.

463. Quant à l'enregistrement, les lois spéciales n'en font expressément une condition de la validité des procès-verbaux qu'en matière de douanes ou en matière forestière; mais la jurisprudence de la cour de cassation tend à appliquer cette règle à tous les procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux, et à ne considérer, par conséquent, l'enregistrement comme une mesure purement fiscale qu'à l'égard des procès-verbaux qui ne font foi que jusqu'à preuve contraire. M. Mangin (*Traité des procès-verbaux*, n° 24) repousse avec raison cette distinction comme arbitraire. Si l'article 34 de la loi du 22 frimaire an VII, qui déclare nul l'exploit ou le procès-verbal qu'un huissier ou autre officier n'aurait pas fait enregistrer dans un certain délai, est applicable aux procès-verbaux en matière spéciale, tout procès-verbal, quelle qu'en soit la foi, est soumis à l'enregistrement, à peine de nullité. Si, au contraire, il faut restreindre cette disposition aux procès-verbaux dressés dans un intérêt privé, ainsi que paraît le décider l'article 47 de la même loi, qui défend aux autorités et aux juges de rendre des décisions en vertu d'actes non enregistrés, *en faveur de parti-*

culiers, il faut dire que, partout où l'enregistrement n'est pas formellement prescrit à peine de nullité, on ne doit y voir qu'une mesure purement fiscale.

464. Les nullités des procès-verbaux ne doivent pas être comparées à des nullités d'exploits. Elles ne se couvrent pas par le silence des parties, *in limine litis*, et on peut s'en prévaloir pour la première fois en appel (arr. de cassation du 29 octobre 1824). On peut même s'en prévaloir devant la cour de cassation, si la condamnation n'a été motivée que par l'acte nul. Cette restriction est nécessaire, parce que, dans la plupart des cas (Code d'inst. crim., art. 154), l'existence d'un procès-verbal n'est pas requise pour la preuve du délit ou de la contravention. M. Mangin veut, il est vrai (*ib.*, n° 15), que la condamnation ne puisse se fonder sur l'aveu qu'autant que le corps du délit sera constant. Mais plusieurs arrêts de la cour de cassation (voir notamment ceux du 13 mai 1831 et du 2 octobre 1834) repoussent cette théorie, empruntée à l'ancien droit. La constatation d'un corps de délit est ici moins nécessaire que partout ailleurs, en présence d'une confession formelle. En effet, les aveux mensongers, déjà rares en matière ordinaire, sont moralement impossibles en matière fiscale, en matière forestière, etc. Les motifs extraordinaires qui ont pu quelquefois, au grand criminel, amener des déclarations fausses, sont bien difficiles à supposer, lorsqu'il s'agit de délits qui n'attirent pas l'attention publique, et qui ne peuvent donner lieu qu'à des peines de peu d'importance. C'est donc ici le cas d'admettre, avec les anciens docteurs, que l'aveu est la meilleure des preuves, *probatio probatissima*.

465. Nous avons déjà eu occasion de signaler (n° 159) les cas exceptionnels où le procès-verbal est la base nécessaire des poursuites : ce qui a lieu, par exemple, en matière de douanes. Alors tout l'intérêt de la cause se

concentre dans la question de la validité de cette pièce importante.

466. Il est certain, du reste, que le prévenu ne peut arguer des vices de forme, lorsque c'est son propre fait qui a amené l'irrégularité dont il se plaint. Mais ce qui est beaucoup plus douteux, c'est qu'on puisse considérer, ainsi qu'on le fait dans la pratique (arr. de cassation du 12 juillet 1834), l'inobservation des formes comme provenant d'une force majeure, lorsque l'officier s'est trouvé empêché de les accomplir, notamment d'affirmer dans les vingt-quatre heures, par un ordre administratif qui l'appelait dans un autre lieu. Sans doute cette circonstance doit suffire pour mettre à couvert sa responsabilité, puisqu'il était tenu d'obéir. Mais qu'importe au prévenu cette nécessité administrative plus ou moins réelle, qui a exigé un déplacement immédiat de l'agent? La loi n'en a pas moins été violée à son égard. On doit donc annuler le procès-verbal, sauf la responsabilité du fonctionnaire dont les injonctions ont occasionné cette nullité.

§ 2. Foi des procès-verbaux.

467. Nous allons examiner d'abord ce que prouvent en général les procès-verbaux, qu'ils soient ou non susceptibles d'être combattus par la preuve contraire. Puis nous verrons ce qu'il faut entendre par cette preuve contraire, dans les cas où elle est admissible. Quant à l'inscription de faux, elle doit faire l'objet de la section suivante.

468. Le principe fondamental sur la foi des procès-verbaux, principe en harmonie avec ce qui été établi pour l'authenticité en général, c'est qu'ils ne prouvent que les *faits matériels relatifs aux délits et contraventions qu'ils constatent*. Telles sont les expressions de l'article 176 du Code

forestier, qu'on retrouve dans l'article 53 de la loi sur la pêche fluviale; expressions qu'a introduites dans ce Code la commission de la chambre des députés, afin de consacrer officiellement une doctrine déjà reçue dans la pratique, et commune du reste à tous les procès-verbaux : « Cet article 176 du projet, » dit dans son rapport, M. Favard de Langlade, « attribue à certains procès-verbaux » réguliers l'effet de faire foi jusqu'à inscription de faux » des faits relatifs aux délits et contraventions qu'ils constatent. Cette disposition nous a semblé trop générale; » elle pourrait faire croire qu'aucune preuve n'est admise » contre une déclaration quelconque consignée dans un » procès-verbal, tandis qu'elle ne doit s'appliquer qu'*à la* » *matérialité du délit ou de la contravention*. Vous sentirez, » messieurs, combien il serait dangereux d'admettre que » des énonciations relatives à des injures, à des violences » ou à toute autre circonstance, pussent interdire au pré- » venu la faculté d'administrer la preuve contraire. Pour » lever toute espèce de doute sur ce point, nous proposons » de dire dans l'article : *faits matériels*. Cette addition est » conforme à une jurisprudence consacrée par la cour de » cassation. »

Ce principe n'est pas contesté, mais il donne matière à de sérieuses difficultés dans l'application. Que faut-il entendre par *faits matériels ?*

469. Il est d'abord évident que ces faits doivent avoir directement trait au délit ou à la contravention. C'est ainsi que M. Favard de Langlade exclut les énonciations relatives à des injures, à des violences. Ce sont là des délits communs, que l'agent n'a plus aucun pouvoir spécial pour constater.

470. Pour le délit même, dont la preuve rentre dans l'exercice de ses fonctions, sa *matérialité* seule se trouve légalement établie. Le rédacteur ne mérite donc confiance,

ainsi qu'un notaire, que pour les faits qu'il a perçus *propriis sensibus*, et non lorsqu'il se livre à des inductions plus ou moins hasardées. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 30 mai 1831 a reconnu qu'on était reçu à prouver, sans s'inscrire en faux, l'origine française d'un cheval saisi dans le rayon-frontière, bien que les préposés affirmassent, dans leur rapport, qu'il provenait de l'étranger. C'était là une question d'identité, qui ne pouvait être résolue à la simple inspection de l'objet en litige. Une décision plus significative encore, c'est un arrêt du 1er mars 1822, par lequel la même cour déclare qu'un procès-verbal, qui constate la saisie, au domicile d'un pêcheur, d'un filet prohibé, encore mouillé, ne peut établir qu'il s'en soit servi pour la pêche. Enfin, toujours dans le même esprit, la cour de cassation refuse à un commissaire de police le pouvoir de constater que des eaux jetées sur la voie publique sont insalubres, mais elle lui permet d'établir qu'elles sont infectes; cette dernière qualité pouvant s'apprécier directement par les sens, tandis que la seconde exige l'examen des gens de l'art (comparer les arr. du 27 août 1825 et du 17 juin 1832).

La jurisprudence, il est vrai, ne s'est pas toujours aussi strictement renfermée dans le principe que l'agent ne peut constater que les faits matériels qu'il a actuellement sous les yeux. On peut critiquer un arrêt de la même cour du 14 janvier 1830, qui admet qu'un procès-verbal peut faire foi d'un fait déjà ancien, notamment du fait que tel terrain était précédemment en nature de bois. Mais d'autres décisions nous semblent mal à propos critiquées par les auteurs qui ont écrit sur les procès-verbaux (voir le traité de M. Mangin, n° 32, et le § 3 de l'article remarquable de M. Morin, sur les procès-verbaux, dans son *Dictionnaire du droit criminel*). Ces auteurs nous paraissent s'être attachés trop strictement à l'idée de *faits matériels*.

Lorsqu'il s'agit de points sur lesquels les agents possèdent des connaissances spéciales, c'est avec raison, suivant nous, qu'on s'en rapporte à leur témoignage, non-seulement quant aux apparences grossières, mais même quant aux qualités moins évidentes, et de nature toutefois à pouvoir être appréciées par des personnes expertes. Rien d'exorbitant dès lors à ce qu'on ne puisse, sans prendre la voie de l'inscription de faux, soutenir qu'une boisson saisie, comme étant du vin, par les employés des contributions indirectes, n'était que de l'eau jetée sur des mûres; ou bien que la chaudière saisie chez un brasseur, comme propre à la fabrication de la bière, n'était pas réellement propre à cet usage (voir les arr. de la cour de cassation du 21 novembre 1817 et du 15 juillet 1826.) A quoi servirait, dans le système opposé, l'institution d'agents ayant des connaissances toutes particulières, si, en pareille circonstance, ils devaient se borner à constater l'existence d'un liquide de couleur rougeâtre, ou bien d'une chaudière quelconque? On ne doit pas sortir des faits, sans doute; mais, pour que le rapport soit utile, il faut bien qu'il caractérise les faits, pourvu qu'en les caractérisant, il ne s'écarte pas des données fournies par l'expérimentation directe. Cette expérimentation, après tout, n'est pas celle du premier venu, mais celle de gens ayant des lumières spéciales. Il en est autrement, et tout le monde est d'accord sur ce point, si l'officier n'appuie son témoignage que sur la notoriété publique. Il n'a pas qualité pour constater cette prétendue notoriété, et, fût-elle constatée, ce ne serait point une preuve légale, mais une présomption vague, qu'il serait permis de combattre par tous les moyens possibles.

471. On se demande enfin si l'on peut faire rentrer dans les faits matériels les aveux et déclarations des prévenus. Plusieurs auteurs soutiennent la négative. Ils pen-

sent que les faits externes, qui laissent des traces sensibles, peuvent seuls être établis de cette manière, à l'exclusion des aveux, qui, ne laissant aucune trace de cette nature, tendent à prouver le délit, mais ne le constituent point. Néanmoins la jurisprudence de la cour de cassation (voir notamment un arrêt rendu, chambres réunies, le 6 août 1834) s'est prononcée dans le sens de l'affirmative, qui nous semble plus fondée. La restriction de la foi de l'acte aux faits matériels a pour but de repousser des inductions puisées ailleurs que dans l'expérience personnelle du fonctionnaire, mais non de borner l'autorité de ce fonctionnaire à quelques-uns seulement des faits qu'il perçoit dans l'exercice de ses fonctions. « On doit entendre par faits matériels », dit fort bien M. Mangin (*Procès-verbaux*, n° 32), « tous ceux qui frap- » pent les organes ; or, comment établir une distinction » entre les faits qui frappent tel organe des employés » plutôt que tel autre, et ne pas ajouter foi à ce qu'ils » disent avoir entendu aussi bien qu'à ce qu'ils disent » avoir vu? » Seulement il ne faut pas oublier que l'aveu du délit n'est pas le délit même, et qu'on sera toujours reçu à établir que cet aveu n'a été que le résultat de la surprise ou de l'erreur.

472. Il nous reste maintenant à examiner quelles sont les preuves que l'on peut administrer contre les procès-verbaux qui ne font pas foi jusqu'à inscription de faux. La difficulté ne paraît pas sérieuse au premier coup d'œil. Habituellement, toutes les fois que tel ou tel document, tel ou tel témoignage admet la preuve contraire, cette preuve, si on ne se trouve pas dans un cas d'exclusion de la preuve testimoniale, peut se faire par tous les moyens propres à convaincre l'esprit du juge. La justification de la non-culpabilité du prévenu n'est donc soumise, de droit commun, à aucune condition restrictive. Sans

doute, on le décide avec raison, la simple dénégation du prévenu ne peut être considérée comme une preuve contraire. De même, pas plus ici qu'ailleurs, la conviction du juge ne peut se former d'après des éléments pris en dehors des débats. Mais faut-il aller plus loin, et prendre à la lettre ces expressions de l'article 154 du Code d'instruction : « Ils pourront être débattus par des preuves » contraires, *soit écrites, soit testimoniales*, si le tribunal » juge à propos de les admettre ? » Ne pourra-t-on dès lors recevoir contre les procès-verbaux que des preuves écrites ou testimoniales, ainsi que l'a plusieurs fois jugé la cour de cassation ? Faut-il repousser les présomptions (arr. de cassation du 5 janvier 1810), ou bien les dépositions qui ne sont reçues qu'à titre de simples renseignements (arr. de cassation du 21 février 1822) ? Il nous semble que ces décisions tendent à faire revivre des théories surannées, qu'il faudrait des textes formels pour remettre en vigueur. Est-ce que des présomptions graves, précises et concordantes n'ont pas la même autorité que la preuve testimoniale ? Les simples renseignements doivent-ils aujourd'hui, comme jadis, ne constituer qu'une fraction de témoignage ? Rien ne prouve que l'article 154, lorsqu'il parle de la preuve écrite et de la preuve testimoniale, soit plus limitatif que l'article 46 du Code civil, par exemple, qui permet de prouver les naissances, mariages et décès, tant par registres et papiers domestiques que par témoins, article auquel on n'a jamais songé à donner un sens restrictif. L'exposé des motifs ne fait d'ailleurs aucune allusion à une théorie spéciale en cette matière ; il dit seulement que ces procès-verbaux peuvent être débattus par la preuve contraire : ce qui implique un simple renvoi au droit commun. La cour de cassation dit, il est vrai, dans un des considérants de son arrêt du 5 janvier 1810 : « Si une » présomption de droit peut être détruite par une preuve

» positive d'un fait contraire à celui qu'elle suppose, elle » ne peut du moins pas l'être par des présomptions non » autorisées par la loi, et purement arbitraires. » Mais c'est là une véritable pétition de principe. Car il n'y a pas plus de danger à admettre les présomptions abandonnées aux lumières du juge qu'à recevoir la preuve par témoins, et ces deux modes de preuves sont toujours mis sur la même ligne.

473. Quoi qu'il en soit, l'article 154 ajoute, en parlant des preuves contraires, *si le tribunal juge à propos de les admettre*. Boitard (Inst. crim., comment. sur cet art.) paraît induire de là que l'on accorde ici plus spécialement au juge un pouvoir indéfini pour admettre ou rejeter ces preuves. Mais on n'entend ce pouvoir dans la pratique, en ce point parfaitement d'accord avec la théorie, que de la faculté de rejeter une preuve frustratoire, c'est-à-dire l'allégation de faits qui ne seraient pas concluants, absolument comme en matière civile (Code de proc., art. 253 et 254). Il n'y a rien donc là d'arbitraire, ni d'exceptionnel. Le système contraire permettrait à la chicane d'éterniser les procès les plus simples, en sollicitant l'admission d'enquêtes complétement inutiles, mais qu'il serait impossible au tribunal de refuser.

DEUXIÈME DIVISION.

FOI DES ACTES AUTHENTIQUES ORDINAIRES DEVANT LES TRIBUNAUX CRIMINELS.

474. La foi des actes authentiques, rédigés en la forme ordinaire par les notaires ou par tous autres officiers publics, est évidemment la même au criminel qu'au civil. Et en effet le Code d'instruction (article 458) trace la marche à suivre, lorsque, dans le cours d'une procédure criminelle, une pièce produite est arguée de faux : ce qui montre bien que l'inscription de faux est nécessaire en matière criminelle, lorsqu'on attaque un acte authentique. Sans doute les points qui exigent le plus souvent une vérification de titres, tels que ceux relatifs aux propriétés immobilières, doivent être, ainsi que nous l'avons reconnu (voir n° 152), renvoyés aux tribunaux civils. Mais, dans une foule de circonstances, des actes authentiques peuvent être produits incidemment devant les juridictions criminelles, qui doivent se décider d'après leur autorité, tant qu'il n'y ait inscription de faux.

475. Nous devons reproduire ici l'observation importante que nous avons faite sur le caractère restreint de la foi qui s'attache à l'authenticité. Elle n'a lieu que dans les limites de la compétence de l'officier qui instrumente. Aussi le fait direct de l'infraction à la loi pénale sera-t-il rarement constaté par un fonctionnaire de l'ordre civil, tel qu'un notaire. Ce fonctionnaire n'aura habituellement aucune qualité pour dresser acte d'un délit, pas plus qu'un garde forestier n'aurait qualité pour rédiger un

procès-verbal destiné à prouver une transaction sur l'action civile. Seulement un notaire pourrait être appelé à donner l'authenticité à un aveu; mais alors ce qu'il attesterait *visu et auditu*, ce ne serait pas le délit, mais l'aveu du délit; aveu dont on peut contester la sincérité et la force sans prendre la voie de l'inscription de faux. Quelquefois cependant une infraction pourra se trouver directement et officiellement établie par des actes notariés, par exemple, par ceux qui constateraient des prêts usuraires. Quelque blâmable que fût le notaire qui aurait prêté son ministère à de pareilles conventions, il en aurait néanmoins dressé acte dans l'exercice de ses fonctions, et il y aurait lieu dès lors à l'application de la loi du 3 septembre 1807, à moins qu'on ne prouvât la fausseté du titre. Mais, le plus ordinairement, les actes authentiques serviront seulement à établir des circonstances, de nature à augmenter ou à diminuer la peine; c'est ainsi qu'on prouvera par les actes de naissance l'âge de l'accusé ou celui de la victime, quand l'âge pourra influer sur la gravité du délit ou sur la nature de la condamnation.

476. Les greffiers des tribunaux criminels ont évidemment qualité [1] pour constater, comme ceux des tribunaux civils, l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Le procès-verbal de la séance d'une cour d'assises (Code d'instr. crim., art. 372) fait donc foi jusqu'à inscription de faux. Bien plus, aucune preuve testimoniale n'est admissible pour suppléer à cette constatation. Toute formalité, dont l'existence n'est pas mentionnée, est présumée par cela seul n'avoir pas été accomplie, sans

[1] Le greffier n'a-t-il pas exclusivement qualité? Peut-on, comme l'a fait un arrêt de rejet du 30 septembre 1824, valider un procès-verbal qui constate, non qu'une formalité a été accomplie, à la connaissance de l'officier rédacteur, mais que, *selon la pleine et ferme croyance du président*, elle a dû l'être?

qu'aucune preuve contraire puisse être reçue (voir notamment les arrêts de rejet du 30 juin 1838 et du 12 décembre 1840). Ici encore l'authenticité ne peut s'attacher qu'aux faits dont l'officier a été lui-même témoin. Ainsi l'âge d'un témoin ne peut être établi à l'aide de ce procès-verbal. L'authenticité ne peut s'attacher davantage aux points que le greffier n'a pas qualité pour constater. Ainsi la mention que telle chose a été faite *conformément à tel article du Code d'instruction criminelle*, ne peut être considérée que comme un renvoi fait à l'article par le rédacteur du procès-verbal, mais nullement comme la preuve que tout s'est passé conformément aux dispositions de la loi.

477. Il s'élève une question fort grave sur l'autorité du procès-verbal d'un crime ou d'un délit commis à l'audience, dressé par le greffier d'un tribunal criminel ou même civil (*ib.*, art. 508). Ce procès-verbal prouve-t-il le crime ou le délit jusqu'à inscription de faux, bien qu'aucun texte ne le mette au nombre des documents auxquels est attribuée cette autorité? Merlin a soutenu l'affirmative, dans une affaire soumise à la cour de cassation le 31 décembre 1812. Il a prétendu qu'on devait accorder la foi la plus entière au procès-verbal dressé par le greffier d'une cour d'assises, d'où il résultait que les magistrats avaient été insultés dans l'exercice de leurs fonctions. L'espèce était favorable, puisque les juridictions supérieures, telles que les cours d'assises, ont qualité, en pareille hypothèse, pour juger sans désemparer, lors même qu'il s'agirait d'un crime (*ib.*, art. 506). Dès lors, dit on, la cour avait au moins qualité pour constater les faits, puis qu'elle aurait pu frapper immédiatement l'accusé de la peine légale. Mais autre chose est une vérification publique, à l'aide d'un débat contradictoire; autre chose est la simple rédaction d'un procès-verbal, que les

parties intéressées ne sont pas appelées à contrôler. Remarquons qu'il peut s'agir de crimes, et qu'une condamnation capitale pourrait être ainsi forcément encourue, sans que l'accusé eût été mis en demeure de s'expliquer sur les faits; car, si le procès-verbal faisait foi jusqu'à inscription de faux, le second tribunal n'aurait plus qu'à appliquer la peine, et la prétendue modération du premier tribunal aboutirait à priver, en définitive, l'accusé de la faculté de se défendre, sans prendre la voie périlleuse de l'inscription. Aussi la cour de cassation n'a-t-elle pas admis la doctrine de Merlin; elle n'a considéré le procès-verbal dans l'espèce que comme faisant foi jusqu'à preuve contraire. Il faut donc assimiler, sous ce rapport, le procès-verbal du greffier à celui que dresse le juge d'instruction ou le procureur du roi pour constater le délit, et que l'on peut toujours combattre sans s'inscrire en faux. Ce n'est que lorsqu'il agit tout à fait en qualité de greffier, lorsqu'il constate les opérations du tribunal auquel il est attaché, que l'authenticité la plus complète doit s'attacher à son témoignage. Cette solution est du reste parfaitement raisonnable. Le greffier n'a pas la même certitude de l'existence d'un délit qui se passe peut-être à l'extrémité de la salle d'audience, que de l'accomplissement des formalités qui ont lieu sous ses yeux à la barre du tribunal.

478. Il nous reste à examiner une grave question de compétence, en ce qui touche l'examen des actes authentiques, produits devant une cour d'assises. Est-ce aux magistrats ou bien au jury qu'il convient d'en attribuer la connaissance? Bien qu'il ne s'agisse que d'établir un fait à l'aide de ces pièces, il faut avouer que le jury n'est guère apte à la vérification de preuves légales, dont la validité est subordonnée à l'existence de conditions toutes techniques, et que sa véritable mission consiste à

discuter les témoignages et documents sur lesquels on peut se former une conviction, indépendamment de tout principe de droit. De là la théorie professée par M. Rauter (*Traité de droit criminel*, nº 777), suivant laquelle le jury ne peut connaître que des éléments matériels de l'accusation, à l'exclusion des preuves préconstituées. Mais cette distinction ne saurait se soutenir en présence de l'article 341 du Code d'instruction, qui prescrit la remise aux jurés des procès-verbaux et des pièces en général : preuve évidente qu'ils sont appelés à apprécier même des actes authentiques. La scission d'ailleurs serait presque toujours impraticable, les pièces et les témoignages concourant à opérer la conviction, de manière à former un ensemble moralement indivisible. Tout ce que l'on peut admettre, c'est que les questions préjudicielles, qui touchent au droit civil, seront de la compétence exclusive de la cour. C'est ainsi qu'une jurisprudence aujourd'hui constante (arrêt de cassation du 30 juin 1831) admet que les magistrats seuls ont qualité pour décider, dans les questions de faux, si le faux a été ou non commis en écriture publique. Cette jurisprudence est contestable sans doute en présence de l'article 337 du Code d'instruction, qui paraît s'en remettre purement et simplement au jury sur la question de savoir *si l'accusé est coupable de tel crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation*. Mais, en supposant que l'impossibilité où se trouve le jury de statuer sur des questions de pur droit doive faire détacher de sa juridiction les questions de droit préjudicielles; il ne s'ensuit nullement qu'en général lés actes doivent être appréciés par la cour, et les témoignages par le jury. La question principale doit toujours être décidée par le jury seul, à l'aide de tous les documents de la cause. Quant aux questions civiles préjudicielles, de quelque manière que

s'administre la preuve des points qui s'y rattachent [1], elles seront de la compétence des magistrats.

[1] Ainsi un arrêt de rejet du 22 septembre 1821 a jugé qu'il n'appartient qu'à la cour de décider si des pièces de soixante-quinze centimes sont des monnaies d'argent ou de billon : question qui n'est nullement susceptible de se résoudre au moyen de la preuve littérale.

TROISIÈME SECTION.

DE LA MARCHE A SUIVRE POUR FAIRE TOMBER L'AUTHENTICITÉ ; DE L'INSCRIPTION DE FAUX.

479. La foi qui s'attache à l'authenticité, et même à l'apparence de l'authenticité, n'est pas susceptible d'être détruite par la simple administration de la preuve contraire ; la fausseté de l'acte attaqué doit être spécialement établie.

480. Le faux, qui a constitué de tout temps un véritable crime [1], peut donner lieu à des poursuites criminelles, aussi bien qu'à une action purement civile. La faculté accordée aux particuliers, dans notre plus ancienne jurisprudence, de poursuivre eux-mêmes, ainsi qu'ils le faisaient à Rome, les accusations qui les concernaient, a laissé plus d'une trace en cette matière. Les expressions de *faux principal* et de *faux incident*, ainsi que la formalité même de l'inscription, n'ont pas d'autre origine.

481. L'article 1319 du Code civil appelle *plainte en faux principal* la poursuite du faux devant les tribunaux criminels. Le Code de procédure appelle, au contraire, *faux incident civil* (Part. I, liv. II, tit. XII), l'attaque diri-

[1] Ce crime était considéré autrefois comme si odieux, qu'il n'était pas compris dans les abolitions générales accordées par les princes à l'occasion de grands événements, tels que leur avénement au trône ou leur mariage (v. Farinacius, quest. 150). Beaucoup d'anciens auteurs regardaient en effet le faux comme plus grave que le meurtre.

gée au civil contre l'acte, abstraction faite de toutes poursuites contre ceux qui l'auraient fabriqué ou falsifié. Il peut y avoir aussi faux incident criminel, si, dans le cours d'une procédure criminelle, une pièce produite est arguée de faux (Code d'inst. crim., art. 458). La distinction de ces deux espèces de faux incident se conçoit parfaitement; mais, ce qui est moins facile à comprendre, c'est l'expression de faux *principal*, appliquée comme elle l'est ici. Car quel rapport y a-t-il entre l'idée de faux principal et celle de poursuites criminelles pour faux? On dit qu'une action est principale ou incidente, suivant qu'elle se présente comme le but spécial d'un procès, ou comme un épisode qui vient se rattacher à un procès préexistant. Ainsi la garantie réclamée par l'acheteur contre le vendeur est principale, lorsqu'elle est poursuivie directement, et incidente, lorsqu'elle est invoquée dans le cours d'un procès dirigé contre l'acheteur par des tiers. Mais, dans l'un et l'autre cas, le but de l'action est le même, les conclusions sont identiques. Rien de pareil dans le faux principal comparé au faux incident. La première de ces poursuites tend à punir un crime; la seconde à obtenir satisfaction pour des intérêts purement privés. Sans doute l'action civile peut s'intenter en matière de faux comme en toute autre matière criminelle, devant les mêmes juges que l'action publique (Code d'inst. crim., art. 3); et alors les mêmes conclusions qu'on aurait pu porter à la barre des tribunaux civils, seront présentées devant la cour d'assises. Mais c'est là une circonstance tout à fait accidentelle, en ce qui concerne la poursuite du faux. L'action du ministère public, tendant à l'application de la peine, qui est la seule essentielle, s'exerce indépendamment de toute intervention des intéressés. Or peut-on raisonnablement qualifier cette action de principale, comme si les mêmes

conclusions pouvaient jamais se présenter incidemment devant les tribunaux civils?

Les expressions de faux principal et de faux incident ne peuvent se comprendre qu'autant que l'on se reporte à l'ancien système des accusations privées, emprunté aux Romains. Dans ce système, la partie lésée pouvait, à son choix, agir devant les tribunaux criminels ou devant les tribunaux civils (Diocl. et Maxim, l. 16, Cod., *ad leg. Corn. de fals.*). Lorsqu'elle saisissait la juridiction criminelle, non-seulement de la demande en indemnité, mais de l'application de la peine, c'était toujours une réparation qu'elle demandait, car, dans ce système, la peine était une satisfaction accordée aux intérêts privés; mais cette réparation était poursuivie par action principale, tandis que, devant la juridiction civile, la question ne se présentait d'ordinaire qu'incidemment, à l'occasion d'une affaire où était produite la pièce arguée de faux.

De là, la confusion qui s'est introduite dans la pratique entre l'idée de faux principal et celle de faux criminel. Et lors même qu'un ministère public eut été institué pour poursuivre les crimes au nom de la société, cette confusion se maintint encore, parce que, si le ministère public avait le droit d'agir seul, il n'en était pas moins vrai que, dans le cas de jonction de la partie publique à la partie civile, la partie civile était toujours préférée à la partie publique pour la poursuite de l'accusation (Jousse, *Traité de la justice criminelle*, tome III, page 71). Mais, aujourd'hui que l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, on sent combien l'expression de faux principal, employée dans le sens de faux criminel, est inexacte.

482. Il suffirait que cette observation eût un intérêt de doctrine pour qu'il ne fût pas inutile de rectifier les idées

sur ce point. Mais l'erreur de ceux qui font la confusion que nous venons de signaler, n'est pas purement spéculative; elle a de fâcheuses conséquences dans la pratique. Elle conduit en effet à décider que le faux civil ne peut être qu'incident. On fait remarquer, à l'appui de cette opinion, que le titre du Code de procédure, où il est question du faux, est intitulé : *Du faux incident civil*, et que les dispositions de ce Code (art. 214 et 215), supposent évidemment une poursuite principale sur laquelle vient s'enter la procédure accessoire, tendant à la suppression de la pièce suspecte. Dans ce système, quelque intérêt que j'eusse à établir aujourd'hui la fausseté d'une pièce qu'on se propose de faire valoir contre moi, fausseté qu'il me sera peut-être impossible de démontrer plus tard, je ne serais pas reçu à l'attaquer au civil par action principale. Plusieurs arrêts (voir ceux de la Cour de Paris du 17 décembre 1808, et de la Cour de Colmar du 17 mai 1816) ont consacré cette doctrine, en s'attachant à la lettre de la loi. Cette impossibilité d'intenter au civil une action principale pour faux pouvait se concevoir jadis, lorsque la partie lésée avait qualité pour poursuivre l'accusation au criminel. Mais aujourd'hui, elle ne peut plus que se joindre éventuellement à la partie publique, dont elle n'est pas libre de diriger la marche. Il serait donc souverainement injuste de lui enlever, dans ce cas, l'option que lui donne en général le Code d'instruction (art. 3) entre les deux juridictions, puisque l'une de ces juridictions peut fort bien ne pas lui être accessible. D'ailleurs il suffit pour démontrer que l'article 214 du Code de procédure n'est pas restrictif, de poser une hypothèse, où, malgré ses termes, l'action principale en faux doit être reçue au civil. Or il en est ainsi incontestablement, lorsque l'auteur du faux est mort, et que les poursuites criminelles sont en consé-

quence devenues impossibles, tout le monde reconnaît alors que les parties intéressées peuvent agir civilement contre les héritiers, pour leur demander la suppression de la pièce (Code d'inst. crim., art. 2). Il peut donc être permis de s'inscrire en faux, sans qu'il y ait une instance préalablement engagée. Si on l'admet dans un cas, pourquoi ne l'admettrait-on pas également, toutes les fois qu'il y a intérêt à intenter ainsi une action principale? Un arrêt de la Cour de Rennes du 19 décembre 1815 a admis implicitement ce système, qui est du reste en harmonie avec celui que nous avons adopté, lorsque nous avons autorisé, contre l'opinion de la plupart des auteurs, mais avec plusieurs arrêts, les *enquêtes d'examen à futur* (voir nº 167).

483. Un second vestige du système des accusations privées en cette matière, c'est l'*inscription* même de faux, qui rappelle la procédure criminelle des Romains. L'accusateur à Rome (Paul., l. 3, ff., *de accusat.*) était obligé de se présenter devant le préteur ou le président de la province, et d'inscrire, avec certaines formes solennelles, son nom, celui de l'accusé, et les circonstances du crime qu'il se faisait fort de prouver : inscription qui entraînait pour lui la peine du talion, si son accusation était jugée calomnieuse. Ce qu'il y a de singulier, c'est qu'à Rome la nécessité de l'inscription fut abolie précisément en matière de faux. *Quamvis inscriptionis necessitas accusatori de falso remissa sit*, dit Gratien (l. 2, Cod. Théod., *ad leg. Corn. de fals.*), *pœna tamen accusatorem etiam sine solemnibus occupat.* En France, au contraire, l'inscription fut admise spécialement pour le crime de faux, et cette inscription exposait également, dans l'origine, à la peine du talion l'accusateur qui était obligé, en conséquence, de se constituer prisonnier. Cette rigueur avait cessé au seizième siècle, ainsi que nous l'apprend le président Favre

(*ad leg. Corn. de Fals.*, def. 9) : *Jampridem vetus illa judiciorum consuetudo, quæ induxerat, ut quisquis falsi accusationem criminaliter instituere vellet, non aliter audiretur quam si, solemnis inscriptionis tempore, seipsum carceribus manciparet, nam et talionis pœna quæ hujus solemnitatis necessitatem induxisse videbatur, in usu esse desiit : solentque qui in hujus modi accusatione succumbunt, gravissimis quidem pœnis subjici, sed tamen longe mitioribus quam si falsum admisissent.* L'inscription ne paraît pas du reste avoir jamais été imposée à la partie publique, qui n'était pas responsable envers l'accusé. Mais elle demeura imposée à la partie civile, qui, encore au seizième siècle, à ce que nous apprend toujours le président Favre, était obligée de prendre la voie criminelle : *Eo perventum est, ut de falso neque agi, neque excipi civiliter possit, sed criminalem accusationem instituere necesse sit.* Cette dernière exigence tomba elle-même en désuétude ; mais la procédure de faux conserva toujours un caractère criminel, même lorsqu'elle était suivie devant les tribunaux civils. Ainsi, il n'est pas question du faux dans l'ordonnance de 1667, mais seulement dans l'ordonnance criminelle de 1670 (titre 9), sous cette singulière rubrique : *Du crime de faux, tant principal qu'incident.* Les règles sur le faux civil ne furent dégagées et traitées spécialement que dans l'ordonnance de 1737 sur le faux, œuvre remarquable du chancelier d'Aguesseau, qui a passé en grande partie dans le Code de procédure. Cette ordonnance dispensa la partie civile de s'inscrire en faux en matière criminelle (voir tit. I, art. 1) ; tandis que l'inscription fut maintenue, on ne sait trop pour quelle raison, en matière civile, où cette formalité est encore exigée aujourd'hui.

484. Voyons maintenant quelle influence peut exercer sur l'exécution de l'acte, la procédure de faux, soit civile, soit criminelle. Faut-il attendre, pour arrêter cette

exécution, qu'un jugement définitif ait déclaré la pièce fausse? On croit d'ordinaire que l'affirmative était admise à Rome d'une manière absolue. Tel n'est pourtant pas le sens du rescrit d'Alexandre Sévère, qui forme la loi 2, au Code, *ad legem Corneliam de falsis : Satis aperte divorum parentum meorum rescriptis declaratum est, cum, morandæ solutionis gratia, à debitore falsi crimen objicitur, nihilominus, salva executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere.* Ce rescrit établit évidemment une règle exceptionnelle pour le cas où l'allégation de faux semblerait dictée par la mauvaise foi; d'où il semble résulter qu'en principe, au contraire, cette allégation, si elle paraissait fondée, pourrait arrêter l'exécution. Et il en était de même dans notre ancienne jurisprudence française, si nous nous en rapportons au témoignage de Serpillon, qui a publié un ouvrage spécial sur le faux. Suivant cet auteur (sur l'art. 29 du titre II de l'ordonnance de 1737), « le juge peut ordonner que, par provision, » l'acte contre lequel l'inscription de faux est formée, sera » exécuté à caution. » Ce n'est donc pas une innovation que la disposition de l'article 1319 du Code civil, d'après laquelle « en cas d'inscription de faux faite incidemment, » les tribunaux pourront, suivant les circonstances, sus» pendre provisoirement l'exécution de l'acte. » Et si nos tribunaux peuvent suspendre provisoirement l'exécution, ils peuvent, à plus forte raison, comme jadis, ordonner l'exécution moyennant caution. Remarquons, d'ailleurs, que ce qui est dit du faux incident doit s'entendre, suivant nous, de tout faux civil, lors même que l'on aurait intenté une action principale pour le faire prononcer.

485. Que veut donc dire Pothier, lorsqu'il décide (*Oblig.*, n° 735) que les actes authentiques font foi par provision, jusqu'à ce que l'inscription de faux ait été jugée? Rien autre chose, si ce n'est que l'autorité de l'acte

ne tombe jamais de droit, tant qu'il n'y a pas eu de condamnation pour faux; mais il n'est pas à croire qu'il entende nier le pouvoir discrétionnaire du juge. Quant à la suspension forcée, elle n'avait jamais lieu, ni dans l'ancienne jurisprudence, ni sous l'empire de la législation intermédiaire (loi du 6 octobre 1791, tit. I, sect. II, art. 13), quelque avancée que fût l'instruction du faux. L'innovation de la loi sur le notariat (art. 19), reproduite par le Code civil, consiste à prononcer cette suspension à une certaine époque de la procédure criminelle ; car la procédure civile n'entraîne jamais qu'une suspension facultative. « En cas de plaintes en faux principal, » dit l'article 1319 de ce Code, « l'exécution de l'acte argué » de faux sera suspendue par la mise en accusation. » L'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation, après une procédure préparatoire déjà assez compliquée, offre assez de garanties pour que l'écrit puisse, à partir de cette époque, être considéré comme légalement suspect.

486. Gardons-nous du reste de confondre la suspension de la foi de l'acte avec la simple suspension de sa force extrinsèque, de l'*exequatur*. Lorsqu'un débiteur, se disant malheureux et de bonne foi, demande qu'il soit sursis aux poursuites dirigées contre lui (*ib.*, art. 1244), ou lorsqu'une personne, sous le coup d'une expropriation forcée, se fait autoriser à en arrêter l'effet, en offrant de satisfaire au payement intégral de la dette, au moyen de la délégation d'une année de revenus (*ib.*, art. 2212); ni dans l'une, ni dans l'autre de ces hypothèses, la foi intrinsèque de l'acte n'est en jeu, mais on invoque des considérations d'équité pour en faire cesser la force exécutoire. De pareils cas de suspension sont donc tout à fait étrangers à la matière des preuves. Ils ne peuvent s'appliquer qu'aux actes susceptibles d'exécution forcée, dont

il s'agit d'arrêter les rigueurs, la foi de l'authenticité demeurant entière. L'effet des poursuites de faux, au contraire, est précisément de faire tomber cette foi, lors même qu'il ne s'agit point d'exécution matérielle; en ce qui concerne, par exemple, la foi d'un acte de l'état civil.

487. Nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne la poursuite criminelle de faux, qualifiée par les praticiens faux principal. La marche tracée par nos lois (Code d'inst. crim., art. 448 et suiv.), pour l'instruction de cette nature de crime, n'est que la reproduction, sans aucune modification essentielle, des règles que nous allons retracer quant au faux civil. Nous nous attacherons à reproduire la marche établie par le Code de procédure pour cette nature de faux. Puis nous verrons comment on fait tomber, en matière criminelle, la foi d'un acte authentique: ce qu'on appelle *faux incident criminel.*

488. Nous ne parlons actuellement que des actes authentiques; mais l'inscription de faux, ainsi que nous le verrons, est également applicable aux actes sous seing privé.

PREMIÈRE DIVISION.

FAUX CIVIL.

489. C'est à l'ordonnance de 1737 que les rédacteurs du Code de procédure ont emprunté le système compliqué qu'ils ont organisé en matière d'inscription de faux. Ils y ont toutefois introduit, ainsi que nous le verrons, de notables améliorations, qui étaient nécessaires pour mettre ce système en harmonie avec les changements opérés dans la législation.

490. Il semble qu'on se soit étudié à hérisser de difficultés la marche de cette procédure, afin de mieux protéger la foi des actes authentiques. Bien que la loi actuelle ait supprimé quelques entraves, celles qui subsistent sont encore assez sérieuses et assez multipliées pour rebuter souvent les plaideurs qui voudraient s'engager dans cette voie. Du reste, les demandes à fin d'inscription sont assez difficilement accueillies par les tribunaux, et elles arrivent plus difficilement encore à un résultat favorable pour le demandeur ; mais les entraves mêmes, dont la loi a entouré cette action, sont importantes à étudier, comme sanction de la foi des actes. Sans nous astreindre à parcourir minutieusement toutes les formalités de détail que renferme cette procédure, nous nous appliquerons à en suivre avec soin les diverses phases, dans ce qu'elles offrent de plus intéressant.

491. Ordinairement, lorsqu'une partie demande à administrer la preuve de certains faits, il intervient une



seule décision interlocutoire, qui prononce sur l'admissibilité de ces faits, et qui délègue les pouvoirs du tribunal à un juge-commissaire. Celui-ci ne ressaisit les juges de l'affaire, que lorsque ses opérations sont complétement terminées. Telle est la marche que nous avons vue adoptée dans les expertises et dans les enquêtes, et que nous retrouverons encore en matière de vérifications d'écritures. En matière de faux, le législateur procède d'une manière beaucoup plus compliquée. Le premier jugement interlocutoire, qui admet l'inscription de faux et nomme un juge-commissaire, ne dessaisit pas le tribunal. Un second interlocutoire est nécessaire pour statuer sur l'admission des moyens de faux. On procède ensuite à l'instruction du faux devant le juge-commissaire. Enfin le tribunal rend sa décision définitive.

On voit qu'il y a trois phases successives, terminées toutes par un jugement:

1° Procédure à fin d'être admis à s'inscrire en faux;

2° Procédure à fin d'être admis à la preuve des moyens de faux;

3° Procédure à fin d'établir l'existence du faux.

Après avoir parcouru ces trois périodes, nous parlerons, en quatrième lieu, du résultat final de la procédure, qu'elle se termine par un jugement définitif, ou bien par une transaction.

§ 1. Procédure à fin d'être admis à s'inscrire en faux.

492. Une question préalable, dont la solution négative devrait déterminer le tribunal à rejeter de prime abord l'inscription de faux, quelque vraisemblables que fussent les faits allégués, c'est celle qui consiste à savoir quels actes peuvent être attaqués par cette voie.

Il faut reconnaître que tous les actes publics (nous ne

parlons pas ici des actes privés), de quelque autorité qu'ils émanent, sont passibles de l'inscription de faux. Ce fut ainsi que le parlement de Paris admit le 7 décembre 1740 l'inscription de faux contre la minute d'un arrêt, malgré les efforts de Cochin, qui prétendait *qu'il n'y aurait plus d'asile pour les hommes, si la tempête régnait dans le port même.* Plus l'acte est important, plus il est essentiel de le mettre à l'abri de la falsification. La cour de cassation s'est prononcée dans ce sens, le 13 juin 1838. Encore moins devons-nous admettre l'opinion d'anciens docteurs, qui prétendaient qu'on ne pouvait arguer de faux une pièce ayant cent ans de date : opinion contredite formellement par les articles 448 et 488 du Code de procédure, qui font courir les délais de l'appel ou de la requête civile, lorsqu'il s'agit d'un faux, du jour où il a été reconnu, sans s'occuper de la date de l'acte.

493. Le faux intellectuel, qui suppose la prévarication de l'officier public dans l'exercice de son ministère, sans aucune altération matérielle de l'acte, donne lieu, comme le faux matériel, à l'inscription de faux. L'opinion contraire, que M. Thomine Desmazures seul a adoptée, ne repose sur aucune bonne raison, ni sur aucun texte. Pourquoi la présomption que l'officier n'a pas trahi son devoir, serait-elle moins puissante que la présomption de la non falsification de l'écrit, considéré en lui-même ?

494. On peut s'inscrire en tout état de cause, en appel comme en première instance, et même devant la cour de cassation. Néanmoins, devant cette dernière cour, on ne saurait être reçu à critiquer des pièces que l'on pouvait déjà attaquer par cette voie auprès des tribunaux appréciateurs des faits; autrement, l'ordre des juridictions se trouverait interverti (voir les arrêts de rejet du 31 décembre 1812 et du 31 mai 1831). Mais il y a des pièces qui, par leur nature même, ne peuvent être produites

que devant la cour régulatrice, et à l'égard desquelles on ne saurait lui interdire d'admettre l'inscription de faux, à moins de vouloir rendre impossible toute poursuite civile pour des faux de cette nature. Ce sont précisément les expéditions ou les minutes des jugements attaqués; si ces documents importants étaient à l'abri de l'inscription de faux, les nullités les plus graves pourraient se couvrir après coup, par la mention que ferait le greffier de l'accomplissement des formalités qui auraient été omises (voir les arrêts de cassation du 13 juin 1838 et du 13 mai 1840). Mais la cour, tout en admettant l'inscription, délègue à un tribunal d'un rang égal à celui qui a rendu la décision attaquée, l'instruction du faux, qui ne rentre pas dans les attributions ordinaires de cette cour. C'est ainsi que procède le conseil d'État en pareille circonstance, aux termes de l'article 20 du décret du 22 juillet 1806. Seulement le conseil d'État ne peut évidemment que renvoyer au tribunal compétent, sans avoir jamais, comme la cour de cassation, la faculté de désigner un tribunal déterminé.

495. Le texte du Code de procédure (art. 214) suppose que la pièce contre laquelle on veut s'inscrire, apparaît dans le cours d'une instance principale, où elle est *signifiée* par un officier ministériel, *communiquée* sur récépissé ou par dépôt au greffe (*ib.*, art. 189), ou *produite*, c'est-à-dire employée contre l'adversaire, sans signification ni communication préalable, par exemple, dans une plaidoirie. Nous avons pensé toutefois que ces termes n'étaient pas restrictifs, et que l'on pouvait saisir la juridiction civile d'une demande principale en faux. Il faudra évidemment alors (arrêt de la cour de Rennes du 19 décembre 1815) entamer la procédure par une assignation, qui tiendra lieu de l'acte d'avoué à avoué, que prescrit l'article 215 du Code de procédure pour le cas de faux

incident. Néanmoins, puisque l'on n'est pas d'accord sur l'admissibilité du faux principal civil, la prudence doit porter à suivre dans la pratique la marche imaginée par M. Thomine Desmazures, pour faire rentrer le faux principal dans le faux incident. Cette marche consiste à assigner celui que l'on suppose détenir une pièce fausse, afin de déclarer qu'il ne possède aucun titre contre le demandeur. Si la déclaration est faite, il n'y a aucun danger. Si l'acte est produit, on prend la voie du faux incident. Il est vrai que le défendeur peut ne pas produire la pièce et ne pas faire non plus de déclaration, et qu'alors, si on ne peut saisir la pièce, la procédure n'amènera aucun résultat sérieux. Mais cet inconvénient est inévitable; il pourrait se présenter également, si j'agissais par action principale. D'ailleurs, après tout, la procédure n'est pas frustratoire; car, si le défendeur produit plus tard les pièces que j'avais arguées de fausseté, le refus qu'il aura fait de les communiquer sera une grave présomption de l'existence du faux.

496. Revenons maintenant à la marche suivie par le Code de procédure, qui sera la même pour le faux principal que pour le faux incident, quand une fois l'instance aura été liée par une assignation, et par une constitution d'avoué de la part du défendeur.

497. La position de celui qui fait sciemment usage d'une pièce fausse est si grave, puisqu'il s'expose à subir la peine des travaux forcés à temps (Code pén., art. 148), qu'il convient, dès l'origine de la procédure, de le sommer de déclarer bien positivement s'il entend se servir de la pièce arguée de faux. Cette sommation est faite par l'acte même qui indique l'intention de s'inscrire, au cas où il serait fait usage de la pièce (Code de proc., art. 215). Cet avertissement est du reste en harmonie avec ce qui se pratique, lorsqu'on somme également le défendeur

d'avouer ou de dénier les faits sur lesquels une enquête est provoquée.

498. Dans les huit jours (*ib.*, art. 216), la partie sommée doit faire la déclaration exigée, qui, trop importante pour être comprise dans le mandat général de l'avoué, doit être signée d'elle, ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique, porteur qui peut du reste être l'avoué lui-même. Il n'est pas douteux, malgré le silence de la loi, que ce délai de huit jours ne doive être augmenté à raison des distances; nous avons vu (n. 172) qu'on le décide pour l'enquête, où la partie ne joue pourtant qu'un rôle purement passif, et il doit en être de même à plus forte raison ici, où elle est appelée à faire une déclaration toute personnelle. La jurisprudence a également admis, après quelques hésitations, que ce délai de huit jours n'est pas fatal, et que, suivant la pratique généralement reçue dans les cas où la loi prescrit un délai sans ajouter *à peine de nullité*, l'audience peut être poursuivie dès l'expiration de la huitaine, mais que le défendeur est toujours à temps de faire sa déclaration, tant que le rejet de la pièce n'a pas été prononcé (arr. de rejet du 8 août 1837).

499. Lorsque le défendeur garde le silence, ou déclare qu'il ne veut pas se servir de la pièce (*ib.*, art. 217), cette pièce est rejetée; toutefois le législateur a soin d'ajouter qu'elle ne l'est que *par rapport au défendeur*, c'est-à-dire autant que celui-ci prétendrait en faire usage, mais elle est acquise au procès dans l'intérêt du demandeur, qui peut en tirer telles conséquences qu'il juge à propos, et réclamer des indemnités pour le préjudice qu'elle pourrait lui avoir causé. Il n'est pas douteux non plus que la poursuite criminelle du faux, s'il y a lieu, ne demeure entière; lors même que l'abandon de la pièce n'aurait pas été dicté par la crainte, mais par le repentir, jamais, aux

yeux du législateur civil, le repentir n'a été considéré comme faisant disparaître la faute.

500. Si, au contraire, le défendeur déclare qu'il veut se servir de la pièce (*ib.*, art. 218), alors le demandeur s'inscrit au greffe par un acte qui doit être, comme la déclaration de la partie adverse, signé de lui ou de son fondé de pouvoirs spécial et authentique. Il poursuit ensuite l'audience, à l'effet de faire admettre l'inscription et d'obtenir la nomination d'un juge-commissaire.

501. Bien que la partie demanderesse n'ait pas encore proposé ses moyens, on reconnaissait autrefois, et on reconnaît aujourd'hui au tribunal la faculté de rejeter *de plano* l'inscription. Le système contraire prêterait aux abus les plus graves, puisqu'il permettrait d'entraver, au moyen d'une inscription dont les tribunaux ne pourraient arrêter les effets, l'exécution des actes les plus réguliers. Mais ce qu'il y a de bizarre, c'est que le demandeur ne soit pas admis à proposer de suite ses moyens de faux, et qu'il soit dès lors exposé à échouer sans avoir été entendu. Avant d'être admis à faire la preuve, il faut qu'il obtienne successivement deux décisions interlocutoires, dont la seconde seule est rendue en parfaite connaissance de cause. Toutefois il était peut-être impossible d'éviter cet inconvénient: les formalités, dont l'accomplissement précède le jugement qui admet la preuve des moyens, sont, nous allons le voir, assez compliquées; et il eût été dangereux d'autoriser le demandeur à provoquer ces mesures, lors même que sa déclaration paraîtrait dénuée de tout fondement. C'est aux juges à user sobrement du pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé.

502. Toujours peu favorable aux demandes en inscription de faux, qu'elle considère comme une arme dangereuse entre les mains de la chicane, la jurisprudence va plus loin encore. Elle admet (arr. de rejet du 9 juillet

1839) que le tribunal peut passer outre, s'il croit l'allégation de faux dénuée de fondement, sans tenir compte de la sommation faite par l'une des parties à son adversaire de déclarer s'il entend se servir de la pièce, et sans même attendre l'expiration du délai de huitaine à partir de la sommation. Cette décision, qui, au premier coup d'œil, paraît exorbitante, se justifie aisément, si on se reporte à l'historique de la matière.

Sous l'ordonnance de 1737, la première démarche qui était prescrite au demandeur, c'était de se faire autoriser à fin d'inscription. Il est clair que dès lors le juge avait toujours la faculté d'arrêter la procédure dès le premier pas. Les rédacteurs du Code de procédure ont pensé avec raison qu'aucune autorisation ne devait être exigée avant la sommation adressée au détenteur de la pièce fausse, puisque la justice ne devait être appelée à statuer qu'autant qu'il y aurait par le fait intérêt, c'est-à-dire contestation de la part du défendeur. Mais, de ce qu'ils ont dispensé le demandeur de présenter tout d'abord une requête qui pouvait en définitive n'avoir aucune utilité, il ne s'ensuit nullement qu'ils aient voulu dessaisir le juge du pouvoir qu'il a toujours de passer outre, lorsqu'une réclamation incidente lui semble mal fondée. Autre chose est la faculté accordée à la partie d'adresser *de plano* une sommation à son adversaire; autre chose est la suspension forcée de l'instance principale par l'effet de cette sommation; suspension que la loi n'a nulle part prononcée.

503. Le Code de procédure a supprimé une autre entrave, qui existait pour le demandeur sous l'ordonnance de 1737 : la nécessité de consigner préalablement l'amende, à laquelle il peut être condamné. « Pourquoi donc payer d'avance, » dit M. Treilhard dans l'exposé des motifs, « pour user d'un moyen avoué par la loi ? » Cette observation est juste ; mais alors, pour être

conséquent, on ne devrait pas non plus exiger une consignation préalable des parties qui emploient les voies légales de l'appel, de la requête civile, et du recours en cassation.

504. Le jugement qui admet ou rejette l'inscription doit, comme tous ceux qui interviennent en cette matière, être rendu sur les conclusions du ministère public (Code de proc., art. 251).

§ 2. Procédure à fin d'être admis à la preuve des moyens de faux.

505. Admettre le demandeur à faire l'inscription, ce n'est pas encore l'admettre à la preuve du faux. Il faut qu'une procédure préalable, dirigée par le juge-commissaire, en rende l'existence vraisemblable. Il y a ici quelque chose d'analogue à l'instruction préparatoire, dans les affaires de grand criminel, qui se termine par un arrêt de mise en accusation, ou par un arrêt de non-lieu.

Pour préparer et pour éclairer la décision du tribunal, la loi prescrit diverses opérations appropriées au but qu'il s'agit d'atteindre. On prend d'abord des mesures pour obtenir la représentation de la pièce, qui est, en quelque sorte, le corps du délit. On en constate l'état par un procès-verbal, auquel sont appelés les intéressés. Les moyens de faux sont signifiés par le demandeur à son adversaire. Enfin, le tribunal prononce sur l'admission ou sur le rejet de ces moyens.

506. Le dépôt au greffe de la pièce arguée de faux doit être effectué par le défendeur dans les trois jours de la signification du jugement qui admet l'inscription, et dénoncé dans les trois jours suivants au demandeur, par la signification de l'acte de mise au greffe (Code de proc., art. 219). Ces deux délais ne sont pas susceptibles d'augmentation à raison des distances, comme celui qui est

donné au défendeur pour déclarer s'il entend se servir de la pièce. Il ne s'agit plus en effet d'une sommation toute personnelle, mais simplement de la remise d'une pièce qui doit être dans les mains de l'avoué du défendeur, ou bien d'une simple notification qui se fait toujours d'avoué à avoué. Mais il est également vrai ici que l'expiration du délai n'emporte point déchéance, tant que le rejet de la pièce n'a pas été prononcé. Seulement, le demandeur a la faculté de faire effectuer le dépôt au greffe aux frais du défendeur. Il n'est plus temps pour celui-ci, comme le dit fort bien l'orateur du tribunat, de se remettre dans la position où il était avant sa déclaration. Il faut que l'affaire soit suivie, si le demandeur l'exige. Toutefois, le dépôt ne peut être ainsi ordonné qu'autant qu'il existe un double de la pièce entre ses mains, ou bien qu'une tierce personne possède, soit un double, soit l'original. Autrement, on ne serait pas reçu, en matière civile, à faire ordonner une perquisition dans le but de saisir la pièce chez l'adversaire. Il n'y aurait alors d'autre ressource que la demande en rejet.

507. Lorsqu'il s'agit d'une pièce dont il y a minute, ce qui arrive presque toujours pour les actes authentiques dont nous nous occupons maintenant, l'apport de la minute paraît nécessaire, puisque, tant qu'elle existe, c'est à elle seule qu'il convient de s'en référer pour la preuve (Code civ., art. 1334). Aussi l'ordonnance de 1670 exigeait-elle cet apport sans distinction. Mais l'ordonnance de 1737, suivie en ce point par le Code de procédure (art. 221, 222), a laissé au tribunal la faculté de statuer suivant les circonstances. La minute peut se trouver à une distance fort éloignée; l'altération alléguée peut être de telle nature qu'elle ne tombe évidemment que sur l'expédition. Lorsque l'apport est exigé, les dépositaires de la minute, fonctionnaires publics ou simples particu-

liers, peuvent être contraints, même par corps, à l'effectuer dans un délai qui est déterminé par le juge-commissaire ou par le tribunal, suivant que l'un ou l'autre a été saisi de la question.

508. La pièce remise au greffe, il faut procéder à en constater l'état contradictoirement, dans un bref délai. Lorsque c'est le défendeur qui a fait la remise, ainsi que cela arrive le plus ordinairement, il doit, dans le même acte, par lequel il signifie la mise au greffe, sommer le demandeur d'être présent au procès-verbal de l'état de la pièce, et le procès-verbal doit être dressé trois jours après cette signification. Il est fait dans les trois jours de la remise, sommation préalablement faite au défendeur, si c'est le demandeur qui a opéré le dépôt (Code de proc., art. 225). L'expérience a fait reconnaître l'utilité de ces brefs délais, qui existaient déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1737. Il importe de ne pas perdre de temps, lorsqu'il s'agit de constater les vices d'une pièce, dont l'anéantissement peut être d'un si grand intérêt pour celui qu'elle compromet. Le procès-verbal est dressé par le juge-commissaire, en présence du procureur du roi, du demandeur et du défendeur (*ib.*, art. 227). On ne saurait trop recommander à ce juge, ainsi qu'au greffier, de ne pas perdre de vue la pièce qui est l'objet du procès. Dans une espèce qui donna lieu à un arrêt du parlement de Paris du 17 mars 1668, un billet argué de faux fut adroitement soustrait au greffier, et avalé par la partie à laquelle ce billet pouvait nuire. Les juges se vengèrent en prononçant contre elle la peine des travaux forcés à temps, mais il eût mieux valu garder plus soigneusement le billet.

Le procès-verbal doit mentionner et décrire les ratures, surcharges et interlignes. Boncenne ajoute qu'il convient d'entrer dans plus de détails, de noter les endroits où l'écriture se resserre et ceux où elle s'élargit, les teintes

différentes de l'encre, les altérations du papier, ses coupures, ses déchirures, les traces du grattoir, etc. On ne doit rien négliger de ce qui peut mettre sur la trace du faux.

509. Il importe d'observer du reste que toute cette partie de la procédure, depuis le jugement qui a admis l'inscription jusqu'à la signification des moyens, paraît se référer uniquement à l'hypothèse d'un faux matériel. Lorsque les parties sont d'accord sur la teneur de l'acte, qui n'a évidemment subi aucune altération, et que la difficulté porte uniquement sur un faux intellectuel, à quoi bon opérer le dépôt de la pièce au greffe ? A quoi bon surtout dresser procès-verbal de son état, qui n'est pas en question ?

510. Huit jours après la confection du procès-verbal, s'il a dû être dressé un, sinon, huit jours après la signification du jugement d'admission, le demandeur doit signifier ses moyens, et le défendeur doit répondre dans un délai, qui est également de huitaine. Trois jours après les réponses, la partie la plus diligente peut poursuivre l'audience (*ib.*, art. 229 — 231). L'audience peut également être poursuivie à l'expiration de la première huitaine, sans signification de la part du demandeur, afin de le faire déclarer déchu de son inscription ; ou bien, au contraire, à l'expiration de la seconde huitaine, sans réponses de la part du défendeur, afin de faire prononcer le rejet de la pièce. Cette dernière décision déroge aux règles ordinaires, qui permettent à la partie à laquelle on signifie des écritures, de s'abstenir de répondre, si elle le juge convenable (*ib.*, art. 80). Les questions de faux offrent une telle gravité qu'on a voulu mettre le défendeur dans la nécessité de s'expliquer, à peine de rejet immédiat de la pièce. Les moyens qui appuient ou qui combattent la demande doivent être développés de part et

d'autre, pour que le tribunal puisse rendre en connaissance de cause la décision interlocutoire qui termine la seconde phase du procès.

511. Il faut observer que cette dernière partie de la procédure a été refaite à neuf. Dans le système de l'ordonnance de 1737 (tit. II, art. 27 et 28), les moyens de faux étaient mis au greffe, et il ne devait en être donné ni copie, ni communication au défendeur. C'était un vestige du caractère criminel qu'avait primitivement l'instruction du faux; on s'attachait encore, bien que les conclusions ne fussent qu'à fins civiles, aux errements de la justice pénale d'alors, qui, de crainte que l'accusé n'eût trop de facilité pour préparer une défense mensongère, lui refusait toute communication des moyens employés contre lui. Un double motif devait faire rejeter aujourd'hui cette marche : d'abord, le faux civil est maintenant tout à fait distinct du faux criminel; en second lieu, notre système d'instruction criminelle est loin de reposer sur les mêmes bases que celui qui existait en 1737.

512. Pour en revenir aux moyens de faux, ils seront généralement faciles à préciser, lorsqu'il s'agira de faux matériel. On fera ressortir les signes extérieurs, qui en dénotent l'existence d'une manière plus ou moins frappante. Quand, au contraire, il s'agit d'un faux intellectuel, sera-t-il permis de considérer comme moyen suffisant de faux la simple dénégation des faits constatés par l'officier public, sauf à en prouver ultérieurement la fausseté? Si cette prétention était fondée, l'inscription de faux ne serait que l'administration de la preuve contraire, soumise seulement à quelques entraves de plus. Mais alors à quoi bon exiger l'articulation des moyens? Pour que l'on puisse élever des doutes sur la véracité d'un officier public, l'esprit de la loi exige que l'on articule des faits contraires à ceux énoncés dans l'acte, un *alibi*, par exem-

ple, si l'on veut nier la présence des parties, contrairement à la foi d'un acte authentique. Aussi l'article 229 du Code de procédure veut-il que l'acte qui signifie les moyens, relate les *faits*, *circonstances et preuves*, par lesquels on prétend établir le faux. Si l'on pouvait se contenter d'un simple démenti donné aux assertions de l'officier par le demandeur en faux, quel acte pourrait échapper aux attaques d'un plaideur éhonté, décidé à tout nier avec une impudente énergie ? Aussi a-t-il été jugé, conformément aux conclusions de Merlin (voyez *Répertoire*, au mot *Moyens de faux*), par un arrêt de cassation du 18 février 1813, que ce n'est pas là un point abandonné au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, et que leurs décisions doivent être annulées, lorsqu'ils admettent comme moyen suffisant de faux la dénégation pure et simple de faits authentiquement constatés. De nombreux arrêts postérieurs ont confirmé cette jurisprudence.

§ 3. Procédure tendant à la preuve du faux.

513. Le jugement, rendu sur les conclusions du ministère public, qui admet le demandeur à la preuve du faux, détermine comment se fera cette preuve, et sur quels points elle devra porter.

La preuve se fait par titres, lorsqu'on démontre la fausseté de l'acte au moyen d'autres actes, dont la sincérité est inattaquable, et qui établissent des faits incompatibles avec la vérité des allégations contenues dans la pièce arguée de faux. Elle se fait au moyen d'une enquête, lorsqu'on entend des témoins qui déclarent avoir assisté à la fabrication ou à l'altération de l'écrit, s'il s'agit d'un faux matériel, ou savoir de science certaine que les faits se sont passés tout autrement qu'ils ne sont relatés dans l'acte, s'il s'agit d'un faux intellectuel. Enfin la preuve se fait

par experts, lorsqu'on appelle des hommes versés dans la connaissance des écritures à donner leur avis sur les inductions qu'on peut tirer de l'état matériel de la pièce.

514. Ces trois modes de preuves ne peuvent pas toujours se cumuler. Il est clair, par exemple, que l'expertise n'est d'aucune utilité, s'il s'agit d'un faux purement intellectuel. Les témoins, et surtout les titres, peuvent ne pas exister dans l'espèce. Mais, lorsque le cumul des preuves indiquées par la loi est possible, le tribunal est-il tenu de les ordonner conjointement ? La négative était certaine sous l'ordonnance de 1737 (tit. II, art. 30), qui, après avoir indiqué les trois genres d'informations, ajoutait : *le tout selon que le cas le requerra*. Bien que cette addition ne se retrouve pas dans le Code de procédure (art. 232), rien n'indique qu'elle y ait été omise à dessein ; si un seul mode de vérification suffit pour atteindre complétement le but, si, par exemple, un titre, dont l'authenticité est incontestable, démontre clairement la fausseté de celui qui est attaqué, on ne voit pas pourquoi on obligerait le tribunal à multiplier les moyens d'investigation d'une manière frustratoire. La cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (voir les arrêts du 17 mai 1830 et du 25 mars 1835).

515. Bien plus, cette même cour autorise le juge à vérifier lui-même la pièce et à la rejeter immédiatement, si la falsification lui paraît évidente (arrêts du 12 juillet 1833 et du 23 août 1836). Ce point était constant dans l'ancienne jurisprudence. L'altération peut être tellement grossière que tout examen ultérieur devienne inutile. Gardons-nous toutefois d'étendre cette doctrine au faux intellectuel, qui ne peut jamais être reconnu à la première inspection de l'acte, et qu'on ne saurait admettre *de plano*, sans anéantir la foi due aux officiers publics.

516. Le même jugement (*ib.*, art. 233) qui statue sur la nature des preuves à administrer, énonce dans son dispositif les moyens de faux jugés admissibles [1], les seuls sur lesquels doive porter la preuve. Cette restriction était tellement de rigueur sous l'empire de l'ordonnance de 1670, que les experts, lorsqu'ils découvraient dans l'écrit à eux soumis quelque vice matériel, qui ne se rattachait pas aux moyens de faux énoncés, n'osaient en faire mention dans leur rapport, de peur d'être pris à partie, comme s'écartant de la mission qui leur était assignée. Pour obvier à cet abus, l'ordonnance de 1737 a apporté au principe restrictif de la preuve un tempérament, qui se retrouve dans l'article 233 du Code de procédure : « Pourront néanmoins les experts faire telles » observations dépendantes de leur art qu'ils jugeront à » propos sur les pièces prétendues fausses, sauf aux ju- » ges à y avoir tel égard que de raison. »

517. C'est ordinairement aussi ce même jugement qui suspend l'exécution de l'acte, aux termes de l'article 1319 du Code civil.

518. Reprenons maintenant chacune des trois preuves indiquées par la loi.

519. La preuve par titres est extrêmement simple. Lorsque des actes non suspects établissent un fait qui détruit complétement la vérité des allégations de l'officier public, comme un *alibi*, le faux est démontré de la manière la plus palpable. L'administration de cette preuve ne donne lieu à aucune difficulté. Seulement les titres, produits à l'appui de la demande en faux, peuvent eux-mêmes être attaqués par la voie de l'inscription de faux, de même que les témoins entendus à l'appui d'un repro-

[1] Le texte dit *pertinents et admissibles*, mais nous avons reconnu que la première de ces conditions rentre dans la seconde.

ché peuvent être eux-mêmes reprochés. Les doutes émis par quelques auteurs sur l'admissibilité de cette inscription incidente, à raison de la complication qui en résulte dans la procédure, ne peuvent prévaloir contre le texte général (Code de proc., art. 214), qui permet de s'inscrire contre toute pièce produite dans le cours d'une instance. L'intérêt de la célérité est grave sans doute, mais on ne doit pas lui sacrifier celui de la vérité.

520. La preuve par témoins peut porter sur le fait même du faux matériel, ou du faux intellectuel; elle peut aussi porter, comme la preuve par titres, sur des faits pouvant servir à la découverte de la vérité. La loi le dit spécialement pour la vérification d'écritures (*ib.*, art. 211), et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement en matière de faux.

Cependant, quoique le texte ne fasse aucune distinction, on a quelquefois douté de l'admissibilité des témoins, quand il s'agit de vérifier un faux intellectuel. On a craint que ce ne fût un moyen indirect d'éluder la loi qui défend de prouver contre le contenu aux actes (Code civ., art. 1341). N'est-ce pas, en effet, préférer le témoignage de simples particuliers, qui offrent souvent peu de garanties, à celui des officiers institués par la loi pour la constatation des faits juridiques? Mais, bien qu'appuyées par le ministère public, ces considérations n'ont pas prévalu devant la cour de cassation, qui a refusé, le 29 juillet 1807, d'admettre cette distinction. Lorsque la loi défend de recevoir la preuve contre le contenu aux actes, elle n'entend parler que de la preuve contraire que l'on voudrait administrer *de plano*, mais nullement de l'inscription, garantie extrême toujours réservée contre la prévarication des officiers publics. Comment cette prévarication pourrait-elle, sauf dans quelques cas exceptionnels, être prouvée par écrit? Il ne s'agit évidemment que d'un fait frau-

duleux, et jamais l'exclusion de la preuve testimoniale n'a été appliquée à des faits de cette nature. Quant au danger de détruire la foi qui doit s'attacher à l'authenticité, il est tout à fait chimérique; les inscriptions de faux sont rarement admises par la jurisprudence, et, dans tous les cas, on exige les preuves les plus convaincantes pour prononcer la fausseté. Mais, quand les témoignages sont précis et positifs, la présomption de véracité de l'officier public doit céder à l'évidence.

521. Pourra-t-on entendre les témoins instrumentaires eux-mêmes, venant déposer le contraire de ce qu'ils ont attesté par leurs signatures? Ce démenti judiciaire donné à une déclaration solennelle paraît, au premier coup d'œil, difficile à admettre. Toutefois le danger même auquel s'expose le témoin qui fait une pareille déclaration, puisqu'il peut être poursuivi comme complice d'un faux, n'est-il pas une forte présomption en faveur de sa véracité? D'ailleurs n'arrive-t-il pas souvent que des témoins simples et ignorants souscrivent, sans aucune espèce de dol, de fausses énonciations, dont ils ne comprennent pas la portée, celle, par exemple, que le testament a été *dicté*, lorsqu'il a été seulement lu au testateur en présence des témoins; et que plus tard ces mêmes témoins, interrogés en justice, exposent sincèrement la manière dont les faits se sont passés?

Néanmoins, sous l'influence du système des preuves légales, l'ancienne jurisprudence considérait généralement les témoins comme liés à l'avance par leurs dépositions écrites. L'avocat général Séguier, que nous avons déjà vu (n° 239) soutenir avec tant d'énergie la maxime qui accordait foi absolue à la déposition de deux témoins conformes, eut également occasion de donner ses conclusions sur la question des témoins instrumentaires, en 1786 : « On ne peut absolument, dit-il, recevoir ni déclaration,

» ni déposition d'un témoin instrumentaire; sa déclaration n'est point juridique, elle est déclarée nulle par » la loi, sans qu'il y ait à examiner si elle est ou non conforme à un premier témoignage. Elle n'y ajoute aucune » force, si elle contient les mêmes faits; elle ne l'ébranle » point, si elle en contient de contraires. D'ailleurs, » quelle inégalité n'y a-t-il pas entre la foi due au témoin, » lorsqu'il signe un testament comme revêtu d'un caractère légal, comme exerçant une fonction publique, et » celle qu'on pourrait ajouter, soit à la déclaration extrajudiciaire du même homme redevenu une personne » privée, soit même à ce qu'il déclare sous la religion du » serment, lorsqu'il est interrogé par la justice?... Et si » les mœurs du témoin doivent influer sur la foi due » à sa déposition, quelle idée présente de lui-même » le témoin instrumentaire qui vient démentir le contenu de l'acte qu'il a signé? Lorsqu'il signait le » testament, la loi, qui consacrait son ministère, le » présumait honnête et digne de toute confiance. Le testateur qui l'appelait, confirmait, par sa confiance, cette » présomption de probité. Mais, à l'instant même où il ouvre la bouche pour déposer contradictoirement au testament qu'il a signé, il se place dans l'alternative d'être ou d'avoir été un parjure; la justice indignée voit » évidemment que l'homme qui lui parle est un imposteur, sa seule incertitude est de savoir si c'est dans le » moment actuel ou à l'époque précédente qu'il l'a trompée, et cette incertitude même fait qu'elle ne peut » prononcer la fausseté du premier acte sur la seule confiance de cet être vil, parce que c'est peut-être en disant que l'acte est faux qu'il commet un mensonge. »
Ces conclusions furent adoptées par le parlement de Paris, et plusieurs arrêts ont été rendus dans le même sens, depuis la promulgation de nos Codes modernes. Il est ce-

pendant évident que l'exclusion absolue des témoins instrumentaires, sans examen des faits, n'est admissible que dans le système des preuves légales appliqué au témoignage. Cette exclusion n'est plus compatible avec la marche actuelle des idées, suivant laquelle le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les témoignages, mais doit les admettre tous, en l'absence d'une prohibition légale. Aussi la cour de cassation a-t-elle reconnu, par un arrêt de rejet fortement motivé du 12 mars 1838, que les juges peuvent prononcer sur la déposition des témoins instrumentaires, fût-elle le seul élément de preuve, la fausseté d'un acte notarié, bien qu'il convienne de n'user de ce pouvoir qu'avec une sage circonspection.

Pour être conséquent dans cette doctrine, il faut faire un pas de plus, et admettre le témoignage du notaire, bien qu'il allègue sa propre turpitude. On sent bien qu'autrefois le notaire devait être repoussé à plus forte raison. *Si non auditur perire volens*, disait le président Favre, *multo minus audietur qui id agit ut et ipse et alius pereat* [1]. Ce n'était là que l'application à la matière du faux des doutes élevés jadis sur la force probante de l'aveu, doutes qui nous ont paru inadmissibles dans le droit moderne (voir n° 257). On peut donc recevoir contre l'acte la déclaration du notaire lui-même, lorsqu'elle paraît sincère. Rien, dans les lois existantes, n'autorise à la repousser, sauf toujours à user, en fait, d'une extrême réserve dans l'application.

522. La marche de l'enquête, en matière de faux, est régie par les mêmes principes que dans les autres matières. Toutefois, les témoins devant déposer ici sur les pièces prétendues fausses, il importe qu'ils les aient sous

[1] *Pereat* s'entend dans cette phrase métaphoriquement, quant au client du notaire, pour désigner la perte des droits qui reposaient sur la foi de l'acte.

les yeux. Elles doivent donc leur être représentées : ce que le juge-commissaire constate, en faisant parapher les pièces par les témoins, ou bien, s'ils ne peuvent ou ne veulent le faire, en faisant mention de cette circonstance. On procède de même, soit pour les pièces de comparaison, lorsqu'on juge convenable de les représenter aux témoins, soit pour celles que les témoins eux-mêmes auraient produites (Code de proc., art. 234 et 235).

523. Enfin le faux peut se prouver par expertise. Mais l'expertise s'applique surtout aux écritures privées, et c'est à propos de ces écritures que la science des écrivains experts a donné lieu à de vives critiques. Nos développements sur ce point se rattacheront donc mieux à la vérification d'écritures dont la marche, sous ce rapport, est à peu près identique à celle de la procédure du faux. La seule disposition importante qui soit spéciale au faux, c'est celle qui veut que les experts soient toujours nommés d'office (*ib.*, art. 232). L'avis qu'ils doivent émettre peut avoir de si graves conséquences qu'il convenait d'attribuer au tribunal seul la faculté de les désigner.

§ 4. Issue de la procédure.

524. L'instruction du faux peut prendre une telle gravité, qu'il y ait lieu de poursuivre au criminel le défendeur, et que dès lors la juridiction civile se trouve provisoirement dessaisie. Si, au contraire, l'instruction ne met pas sur la trace d'un crime, on reviendra à l'audience, et un jugement définitif tranchera la contestation. Il peut toutefois intervenir une transaction qui prévienne ce jugement. Nous allons reprendre successivement chacune de ces hypothèses.

525. Lorsqu'il résulte de la procédure des indices de faux ou de falsification (*ib.*, art. 239), si les auteurs ou

complices sont encore vivants, on applique le principe général qui veut que le criminel tienne le civil en état. On surseoit à statuer sur le civil, tant que la procédure criminelle ne soit terminée. Le président du tribunal, ou même le procureur du roi (Code d'inst. crim., art. 462) délivre contre le prévenu un mandat d'amener devant le juge d'instruction compétent. Nous verrons plus tard, en traitant de la chose jugée, quelle influence peut exercer le résultat de la procédure criminelle sur la décision du tribunal civil.

526. L'article 239 du Code de procédure paraît supposer que l'action civile subsiste, si la poursuite du crime est éteinte par la prescription. Mais, si la prescription de l'action publique est accomplie, il semble que l'action civile doit être éteinte elle-même aux termes de l'article 637 du Code d'instruction [1], qui attribue aux deux actions la même durée de dix ans. On peut d'abord répondre simplement que l'action civile peut très-bien avoir été conservée par des poursuites faites pendant ce laps de dix ans, tandis que l'action publique aurait été prescrite. Mais il faut aller plus loin et reconnaître que, le silence eût-il été gardé pendant dix ans par la partie civile, comme par la partie publique [2], l'inscription de faux doit toujours être recevable. Il ne s'agit pas en effet d'une action civile proprement dite, d'une demande en dommages-intérêts, qui s'étein-

[1] L'article 239 du Code de procédure renvoie *au Code pénal;* c'est qu'alors le même Code, celui du 3 brumaire an IV, réglait à la fois la pénalité et la procédure.

[2] Mais, dira-t-on, l'action publique elle-même n'est pas prescrite, puisque l'usage d'une pièce fausse constitue un véritable délit successif, et que dès lors la prescription ne court qu'à partir de l'usage même fait de cette pièce dans la procédure. Cela est vrai, quand un plaideur de mauvaise foi use sciemment d'une pièce de cette nature; mais on peut très-bien croire véritable une pièce fausse : alors il n'y a ni crime ni délit de la part du plaideur, et l'auteur du faux peut, de son côté, se trouver à couvert au moyen de la prescription.

drait en effet au bout d'un certain laps de temps, mais d'une défense contre un acte entaché de la plus radicale de toutes les nullités. Car quelle nullité plus grave peut-on invoquer que celle qui consiste à démontrer que l'acte m'est complétement étranger, aussi étranger que s'il était revêtu de la signature d'un tiers? Le temps peut-il avoir la puissance de transformer le faux en vrai? Suffira-t-il à un faussaire de préparer dix ans à l'avance une fraude et de transmettre ensuite l'acte à un tiers de bonne foi, pour que le mensonge devienne une vérité judiciaire? Que je ne puisse plus poursuivre en dommages intérêts l'auteur du faux, soit; mais la faculté de repousser l'attaque dirigée contre moi au moyen d'un écrit de cette nature est un droit de défense naturelle, qui doit durer aussi longtemps que subsiste en fait la faculté de m'attaquer avec ces armes déloyales. La cour de cassation a consacré cette doctrine, aussi conforme à l'utilité sociale qu'aux règles d'une saine logique, par un arrêt du 25 mars 1829.

527. Quand la juridiction civile demeure saisie, la partie la plus diligente, une fois l'instruction achevée, poursuit l'audience par un simple acte (Code de proc., art. 238). La loi ne parlant pas de nouvelles écritures, et aucune disposition du tarif n'en faisant mention, il n'en sera pas alloué en taxe. Mais il faut, comme en matière d'enquête (*ib.*, art. 286), signifier à son adversaire copie des rapports et procès-verbaux qui ont été dressés. Les difficultés qui peuvent s'élever sont discutées à l'audience.

528. Une question souvent débattue jadis, c'est celle de savoir si le faux partiel doit détruire en totalité la foi de l'acte. L'opinion la plus raisonnable sur ce point consiste à distinguer, comme on le faisait à Rome, si les parties de l'acte qui ne sont pas infectées de faux peuvent ou non subsister indépendamment de celles qui sont fausses. *Si*

ex falsis instrumentis, dit l'empereur Léon (l. 41, Cod., *de transact.*), *transactiones vel pactiones initæ fuerint, quamvis jusjurandum de his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato, eas retractari præcipimus : ita demum ut, si de pluribus causis vel capitulis eædem pactiones seu transactiones initæ fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quæ ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus : nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur.* Si l'acte partiellement faux est encore susceptible d'une validité partielle, à plus forte raison doit on repousser la jurisprudence arbitraire de certains parlements, qui faisaient perdre son procès au faussaire, lors même que sa cause était bonne indépendamment de la pièce fausse. De pareilles décisions rappellent trop celle du singe devant qui plaidaient le loup et le renard (*Lafontaine*, liv. II, fab. III) :

Le juge prétendait qu'à tort et à travers,
On ne saurait manquer, condamnant un pervers.

529. Si la pièce est reconnue fausse, le tribunal (*ib.*, art. 241) doit prendre des mesures, soit pour empêcher qu'on ne puisse jamais en faire usage, soit pour rétablir la vérité, s'il y a lieu. Afin d'atteindre le premier de ces résultats, il ordonne la *lacération* de la pièce, si elle est isolée; la *radiation*, s'il y a eu falsification partielle d'un titre qu'on ne peut détruire en totalité; enfin la *suppression*, acte de destruction morale, que l'on prononce, si l'écrit n'est pas au pouvoir du tribunal, ou si la loi n'en permet pas la radiation, comme lorsqu'il s'agit d'un acte de l'état civil, sauf à faire mention du jugement en marge de l'acte supprimé (Code civ., art. 101). Quant au rétablissement de la vérité, les pièces sont *rétablies* dans le sens propre du mot, lorsqu'il y a lieu à reproduire en entier des dispositions effacées; elles sont *réformées*, lorsqu'il y

a lieu à remanier l'acte, pour le remettre dans l'état où il était primitivement.

530. Toutes ces opérations se font à la diligence du greffier. Mais toutes, sauf la suppression, qui ne produit pas d'effet matériel, sont de nature à causer un préjudice irréparable à la partie condamnée. Or la condamnation peut ne pas être en dernier ressort; elle peut être au moins passible de voies de recours extraordinaires. Aussi la loi a-t-elle voulu qu'il fût sursis à l'exécution du chef du jugement qui porte sur l'état matériel de la pièce, tant que le condamné est dans le délai de se pourvoir par appel, requête civile ou cassation (même art. 241). On ne parle pas du délai pour former opposition, parce qu'il est généralement suspensif en toute matière. Quant aux voies extraordinaires, dont l'emploi est fort rare, la tierce opposition et le désaveu, le législateur ne paraît pas en tenir compte.

En sens inverse, si la pièce est déclarée vraie, il n'y a sans doute aucune opération matérielle à effectuer; mais il serait dangereux de restituer, soit l'écrit argué de faux, soit les pièces de comparaison, tant que le jugement peut être attaqué par l'une des voies indiquées. On doit donc, en général, différer cette restitution. Mais l'application de cette dernière règle peut cesser sur la demande des dépositaires, ou de toute partie intéressée à la réintégration des pièces, pourvu qu'il soit suffisamment garanti au tribunal qu'elles seront représentées à la première réquisition (*ib.*, art. 242 et 243).

De plus, le ministère public, qui assiste au jugement définitif, comme à toutes les autres phases de la procédure, peut toujours, en faisant des réserves à fin de poursuites criminelles, s'opposer soit à la destruction, soit au retrait des documents utiles ou nécessaires pour l'exercice de

l'action publique, qui demeure parfaitement indépendante, quelle que soit l'issue du procès civil.

531. Quand le demandeur succombe, il encourt de droit, le jugement eût-il gardé le silence sur ce point, une amende de trois cents francs, indépendamment des dommages-intérêts qui peuvent être alloués par le tribunal au défendeur. Le désistement volontaire n'empêcherait pas l'inscrivant de subir cette amende; il en serait de même, à plus forte raison, s'il avait été déclaré déchu de sa demande, pour défaut d'observation des formalités légales[1]. Mais il faut que l'inscription ait été admise; sinon, la procédure aurait avorté dans son germe. Il suffit du reste que la pièce, sans avoir été positivement déclarée fausse, ait été rejetée, ou même qu'un faux partiel ait été constaté, pour que l'amende ne soit pas encourue (*ib.*, art. 246-248).

532. Enfin le procès peut, comme la plupart des contestations civiles, se terminer par une transaction. Nul doute que l'accord des parties ne soit sans effet en ce qui touche l'exercice de l'action publique (Code d'inst. crim., art. 4). Mais l'effet de la transaction entre les parties elles-mêmes paraît subordonné ici à une condition toute particulière. « Aucune transaction sur la poursuite du » faux incident, » dit l'article 249 du Code de procédure, « ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en » justice, après avoir été communiquée au ministère pu- » blic, lequel pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions » qu'il jugera à propos. »

[1] L'article 247 du Code de procédure suppose que les parties peuvent avoir été *mises hors de procès*. C'est là un vestige de l'ancien droit, où la *mise hors de cause*, dont nous avons eu occasion de parler (n° 41), se reproduisait en matière de faux, à cause du caractère semi-criminel de la procédure. Aujourd'hui, la *mise hors de procès* ou *hors de cause* ne serait que de l'arbitraire, tant au criminel qu'au civil.

Dans le premier état de notre jurisprudence française à la différence du droit romain, qui permettait de transiger, même sur l'accusation de faux (Diocl., l. 18, Cod. *de transact.*), toute transaction sur le faux était défendue. Il n'a jamais été permis chez nous de transiger en matière de crimes, et nous avons vu que la poursuite même civile du faux avait un caractère criminel. Sous l'ordonnance de 1737, la transaction fut permise; mais on pensait généralement, bien que l'article 52 du titre II de cette ordonnance ne parlât que d'*exécution*, que la validité de la transaction au fond était subordonnée à l'homologation du tribunal. C'est qu'alors la partie civile pouvait agir comme partie principale au criminel, et que dès lors les droits auxquels elle renonçait n'étaient pas purement privés, sous l'empire d'une législation qui n'avait pas encore nettement discerné l'action publique de l'action civile. Mais aujourd'hui que la même confusion n'existe plus, l'action pour la réparation du crime, qui n'appartient qu'au ministère public, demeurant entière, on ne voit pas pourquoi le tribunal serait autorisé à refuser au fond son homologation à une transaction intervenue entre parties capables sur des intérêts purement privés. Ce que le tribunal peut accorder ou refuser, c'est l'*exécution* de la transaction, en tant qu'elle pourrait compromettre l'action publique, c'est-à-dire en tant qu'elle aurait trait à l'enlèvement ou à la destruction des pièces, dont le ministère public peut requérir le maintien au greffe. L'exposé des motifs est tout à fait dans le sens de cette opinion : « Les parties ne sont pas libres, dit » M. Treilhard, par des conventions privées et secrètes, de » faire disparaître les traces d'un crime et de soustraire » les coupables aux peines qu'ils ont encourues. »

DEUXIÈME DIVISION.

FAUX INCIDENT CRIMINEL.

533. Devant les juridictions criminelles, l'inscription de faux, nous l'avons dit, ne peut jamais se présenter qu'incidemment. L'instruction du faux principal criminel, ou faux principal proprement dit, tend à faire appliquer la loi pénale, et non plus seulement à détruire la foi d'un acte, comme l'inscription de faux.

534. La marche tracée pour attaquer incidemment une pièce fausse au criminel diffère peu de celle qui est suivie devant les juridictions civiles. La partie qui attaque la pièce comme fausse doit sommer l'adversaire de déclarer s'il entend ou non se servir de la pièce (Code d'inst. crim., art. 458). Les plaideurs n'étant pas ici représentés par des avoués, la sommation doit se faire par exploit, et ici nul doute que le délai de huitaine ne doive être augmenté à raison des distances. Du reste la partie à qui on impose cette sommation, n'est que la partie civile. Le ministère public n'est jamais forcé de mettre l'accusé en demeure de décliner s'il entend ou non employer tel moyen (arrêt de rejet du 20 juin 1817).

Si celui qui reçoit la sommation renonce à faire usage de la pièce, elle est rejetée du procès, sans préjudice des poursuites criminelles auxquelles elle peut donner lieu. Si, au contraire, il persiste à en faire usage, l'instruction du faux est suivie incidemment, dans les formes ordinaires, devant le tribunal saisi de l'affaire principale (*ib.*,

art. 459). Cette dernière proposition n'est pas vraie toutefois d'une manière générale. Il ne faut l'appliquer qu'aux cours d'assises et aux tribunaux de police correctionnelle. On n'a jamais considéré un tribunal de simple police comme offrant assez de garanties pour pouvoir être saisi d'une procédure de faux, dont la marche est si compliquée.

535. Dans les matières spéciales dont nous avons déjà parlé, en nous occupant de l'authenticité en matière criminelle, c'est-à-dire, en ce qui touche les procès-verbaux constatant certains délits et certaines contraventions, l'inscription de faux a été soumise à des règles particulières. Tout est de rigueur dans la procédure qui tend à détruire l'autorité de ces procès-verbaux. « L'inobservation de ces formalités, » dit un arrêt de cassation du 18 novembre 1813, « emporte la déchéance de l'inscription » de faux ; elle éteint donc et anéantit l'action, sans qu'il » soit possible de la reprendre ; par une conséquence né- » cessaire, les nullités qui résultent de l'inobservation » desdites formalités sont absolues et d'ordre public ; » elles ne peuvent être couvertes ni par le silence, ni par » le consentement, soit des parties intéressées, soit du mi- » nistère public ; elles peuvent être proposées en tout » état de cause, et il est même du devoir des juges de les » suppléer dans le silence des parties. »

536. Mais, à raison même de la rigueur de ces formalités, il faut reconnaître que les règles relatives aux procès-verbaux sont placées en dehors du droit commun. Il n'est donc pas permis de les compléter, en faisant des emprunts aux dispositions du Code de procédure sur l'inscription de faux. Ainsi, dans le silence des lois spéciales, on n'est pas obligé de faire à l'adversaire une sommation préalable, tendant à lui faire déclarer s'il veut se servir de la pièce. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation le 14 mai 1813.

537. Celui qui veut s'inscrire en faux doit le déclarer en personne, ou du moins par le ministère d'un mandataire, porteur d'une procuration spéciale et notariée. Pour empêcher qu'il n'ait le temps de préparer en sa faveur des témoignages mensongers, les lois spéciales veulent que l'inscription ait lieu à l'audience, et même, suivant quelques-unes, avant l'audience indiquée par la citation. Au jour indiqué, le tribunal donne acte au prévenu de sa déclaration d'inscription de faux, et fixe un délai assez court, pendant lequel il est tenu de faire au greffe le dépôt des moyens de faux, avec l'indication des noms, qualités et demeure des témoins qu'il veut faire entendre. Ces moyens doivent être, comme en matière ordinaire, des faits de nature à contredire le procès-verbal, et non pas une dénégation pure et simple. C'est dans ce sens que l'article 179 du Code forestier veut que les moyens *soient de nature à détruire l'effet du procès-verbal*. A l'expiration du délai fixé, les parties viennent à l'audience, et le tribunal décide si l'inscription est admissible. Ce n'est qu'alors qu'il est autorisé à faire cesser la foi du procès-verbal attaqué. Quand l'inscription de faux est admise, si l'action publique n'est pas prescrite ou éteinte par la mort du prévenu, le tribunal doit surseoir, et renvoyer l'affaire devant le juge d'instruction compétent. Dans le cas inverse, la poursuite ne tendant plus à l'application d'une peine, mais seulement à la preuve du faux, rien n'empêche que le tribunal correctionnel, saisi de l'incident, ne puisse le vider. Il procède alors suivant les règles que nous avons établies en matière ordinaire, quant aux moyens de reconnaître l'existence du faux.

538. En principe général, l'inscription de faux, dirigée par un prévenu contre le procès-verbal d'où peut résulter sa culpabilité, est personnelle à ce prévenu, et ne doit pas pouvoir profiter aux autres prévenus qui se trou-

veront désignés dans ce même procès-verbal. C'est là l'application du principe bien constant, suivant lequel une procédure, quelle qu'elle soit, ne saurait profiter aux personnes qui y sont étrangères. Néanmoins on lit dans l'article 181 du Code forestier, et dans l'article 58 de la loi sur la pêche fluviale : « Lorsqu'un procès-verbal sera » rédigé contre plusieurs prévenus, et qu'un ou quelques- » uns d'entre eux seulement s'inscriront en faux, le pro- » cès-verbal continuera de faire foi à l'égard des autres, à » moins que le fait sur lequel portera l'inscription de faux » ne soit indivisible et commun aux autres prévenus. » On a pensé sans doute qu'il pouvait y avoir quelque chose de choquant, lorsque le fait est indivisible, à voir un procès-verbal déclaré faux, et cependant des prévenus condamnés à l'amende ou même à la prison, sur la foi de ce procès-verbal. Mais ce n'est là, après tout, que l'application logique du principe qui n'attache à la chose jugée qu'une foi toute relative. On ne peut donc pas étendre à d'autres matières la disposition favorable, mais exceptionnelle, du Code forestier et de la loi sur la pêche fluviale.

DEUXIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE.

AVEU DU DÉFENDEUR. — ÉCRITURES PRIVÉES.

539. Quelque précieuse que soit l'authenticité pour assurer la stabilité des conventions, il n'était pas possible de l'imposer généralement, sans astreindre les parties à des embarras et à des frais qui auraient singulièrement entravé les transactions sociales. Aussi l'aveu consigné dans un écrit privé est-il une preuve extrêmement usuelle.

Les plus importantes des écritures émanées de simples particuliers sont les actes sous seing privé, ainsi nommés [1] à raison de la signature qui les caractérise. C'est à ces actes que nous devons spécialement nous attacher. Nous dirons ensuite quelques mots des écritures non signées, qui n'ont de foi régulière que dans certaines circonstances déterminées, en dehors desquelles elles dégénèrent en simples indices : nous traiterons en même temps des signes matériels encore employés pour constater certaines fournitures, des *tailles*, qu'on peut considérer comme une sorte d'écriture grossière.

Les règles que nous allons établir sur la nature des écritures privées ne sont pas propres aux matières civiles. Nous aurons seulement quelques observations à faire, pour compléter le sujet, sur la foi de ces écritures devant les tribunaux criminels.

[1] Le mot *seing* est en effet opposé à celui de *sceau* par l'ordonnance de Moulins, et employé souvent par nos anciens auteurs dans le sens de signature. Boiceau emploie continuellement dans cette acception le mot latin *signum*, d'où *seing* est évidemment dérivé.

PREMIÈRE SECTION.

ÉCRITURES SIGNÉES. — ACTE SOUS SEING PRIVÉ.

540. La signature des parties, qui est chez nous le caractère distinctif des actes sous seing privé, n'existait pas à Rome dans l'origine. Quant au sceau qui pouvait en tenir lieu, et qu'on employait, par exemple, dans le testament prétorien, pour attester la présence des témoins, il ne paraît pas avoir été exigé dans les écrits privés (l. 34, § 1, ff., *de pign.*). Mais il paraît qu'on les rédigeait habituellement en présence de témoins : usage qui n'avait rien d'extraordinaire pour les Romains, qui avaient l'habitude d'initier leurs concitoyens au secret de leurs affaires, puisque leurs conventions les plus importantes avaient lieu verbalement, et exigeaient, par conséquent, dans la pratique l'emploi de la preuve orale. Justinien, dans la Novelle 73, donna une force toute particulière aux écrits revêtus de la signature de trois témoins. Il voulut que seuls ils pussent être vérifiés par experts, le témoignage des personnes qui avaient concouru à l'acte rendant l'expertise moins dangereuse. Au contraire, la sincérité des écrits qui étaient rédigés sans témoins ou en présence de moins de trois témoins, ne pouvait s'établir que par la preuve directe, et non pas indirectement au moyen de la comparaison d'écritures. Léon avait déjà décidé (l. 1, Cod., *qui pot. in pign.*) qu'en matière de gage ou d'hypothèque, les écritures rédigées en présence de trois témoins l'emporteraient, bien que postérieures en date,

sur celles qui seraient dépourvues de cette formalité. Du reste, bien que la signature se fût introduite à Constantinople, elle ne pouvait pas, comme chez nous, tenir lieu de l'écriture de la propre main de celui qui s'engageait. Celui qui ne savait pas écrire, ou qui savait *paucas litteras* (Nov. 73, ch. VIII), devait faire rédiger par autrui ses conventions en présence de témoins, qui attestaient la fidélité de la rédaction.

541. En France, nous avons vu (nº 371) que, jusqu'au seizième siècle, les actes publics eux-mêmes n'étaient pas signés, mais revêtus d'un sceau. Dumoulin admet encore, pour les actes privés (*comm. sur la cout. de Paris, tit. des fiefs*, § VIII, nºˢ 13 et 14), que le sceau peut valoir sans signature, pourvu qu'il soit constant que le sceau a bien été apposé par celui qui s'engage. La nécessité absolue de la signature paraît n'avoir prévalu que dans le siècle suivant. Il est facile de reconnaître combien la pratique de la signature est préférable à celle du sceau, dont l'usage frauduleux n'exige point du faussaire des connaissances spéciales et difficiles, comme la fabrication des écritures, et devient impossible à constater, s'il a eu lieu secrètement, puisque l'empreinte est toujours identique.

542. En Angleterre (voir Blackstone, liv. II, chap. XX), la formalité du sceau est encore la seule qui soit requise en général dans les actes privés. La signature est en outre exigée par le 29ᵉ statut de Charles II (chap. III), pour les conventions les plus importantes, telles que les ventes d'immeubles. On a recours, d'ailleurs pour constater ce qui se passe lors de la confection des actes, au même expédient qu'on employait dans la législation romaine, à l'assistance de témoins. Mais ce témoignage, utile pour la preuve, n'est pas de l'essence de l'acte. Depuis Henri VIII, lorsque les témoins sont appelés, ils doivent signer au bas ou au dos de l'écrit. Enfin, il est de principe

que, lorsqu'un acte est signé par des témoins, les mêmes témoins doivent en certifier l'existence. Quand il s'agit d'établir cette existence la preuve testimoniale est toujours celle qu'on invoque de préférence; on n'emploie la vérification d'écritures qu'à la dernière extrémité. C'est le système de la Novelle 73. (voir Blaxland, *Cod. rer. Ang.*, page 492).

543. Le Code sarde, prévoyant le cas où les contractants ne savent ni lire ni écrire, leur permet de rédiger un acte sous seing privé en apposant une marque [1] en présence de témoins (art. 1433). La marque est vérifiée en justice, comme le serait l'écriture [2] (*ib.*, 1428, 1429).

544. En Prusse, au contraire (Code pruss., part. I, tit. V, art. 171), on ne s'en rapporte pas même à l'attestation du notaire, en ce qui touche les aveugles, les sourds-muets et les illettrés; ces personnes ne peuvent contracter que devant le tribunal. Ce n'est là, du reste, qu'une des applications de cette tutelle judiciaire des incapables, qui joue un si grand rôle dans les législations germaniques.

545. Une distinction fondamentale entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé, c'est que l'apparence seule d'un acte authentique prouve l'authenticité, *acta probant se ipsa*, suivant l'énergique expression de Dumou-

[1] L'usage d'apposer ainsi une marque, ordinairement une croix, assez fréquent encore dans les campagnes, et qui peut dénoter le consentement, lorsqu'il est établi que la marque n'a été apposée qu'en connaissance de cause, se retrouve dans le droit de Justinien (l. *ult.*, § 2, Cod., *de jur. delib.*). Cet empereur, supposant que l'héritier qui dresse un inventaire ne sait pas écrire, veut alors qu'on appelle un tabellion pour écrire en sa place, *venerabili signo antea manu heredis præposito.*

[2] Rappelons-nous toutefois que le Code sarde(art. 1412) impose à toute personne la rédaction authentique pour les conventions d'une certaine importance : ce qui atténue le danger que peut présenter la prérogative importante, accordée à de simples témoins, de certifier ainsi la présence et le consentement des parties.

lin ; tandis que l'écriture privée, que l'on prétend émanée d'une partie, ne fait foi qu'autant qu'elle est reconnue ou vérifiée en justice. Mais, pour suivre une marche semblable à celle que nous avons adoptée en ce qui touche les actes authentiques, nous allons supposer d'abord la sincérité de l'acte à l'abri de toute controverse, et, dans cette supposition, examiner à quelles conditions il peut faire foi. Nous nous demanderons ensuite comment on procède dans la pratique pour établir la sincérité de l'acte, lorsqu'elle est contestée, c'est-à-dire pour *vérifier les écritures.*

PREMIÈRE DIVISION.

FOI DE L'ACTE SOUS SEING-PRIVÉ.

546. L'acte authentique, sauf ce qui touche les contre-lettres, a la même autorité à l'égard des tiers qu'entre les parties contractantes. Nul n'est reçu, s'il ne prend la voie pénible et difficile de l'inscription de faux, à contester la vérité des déclarations de l'officier rédacteur. Les écritures privées, en les supposant sincères, sont bien aussi, dans notre législation, des preuves légales. Mais cette preuve est susceptible en quelque sorte de deux degrés. Certaines conditions suffisent pour la validité de l'acte sous seing-privé entre les parties contractanes. Mais, à l'égard des tiers, l'expérience a fait sentir le danger des antidates, si faciles à pratiquer et si difficiles à reconnaître. L'aveu écrit ne peut donc faire foi complète sous ce dernier rapport, en l'absence de certaines conditions qui le mettent à l'abri de tout soupçon de fraude. On voit que la forme et la foi de l'acte sont ici intimement unies; nous traiterons donc simultanément des formalités requises et de la foi qui s'attache à l'acte revêtu de ces formalités, d'abord entre les parties, puis vis-à-vis des tiers.

§ 1. Foi entre les parties.

547. La seule condition ordinairement exigée entre les contractants, c'est la signature de la partie qui s'en-

gage. Peu importe du reste que cette signature soit conforme aux noms sous lesquels le signataire est inscrit sur son acte de naissance, pourvu qu'il n'y ait point de doute sérieux sur l'identité.

La date n'est pas requise; ce qui était vrai à Rome (l. 34, § 1, ff., *de pign.*), même à l'égard des tiers, mais ce qui n'est plus vrai chez nous que dans les rapports des parties entre elles. Toutefois, même sous ce point de vue, si la date n'est pas nécessaire, il serait souverainement imprudent de ne pas l'insérer; car le signataire peut avoir été incapable, et comment constater alors que l'écrit a été signé à une époque de capacité? Le demandeur serait chargé de la preuve, qu'il lui serait peut-être impossible d'administrer. Si, au contraire, il y a une date, elle sera réputée véritable : c'est-à-dire que le souscripteur ne pourra pas dénier purement et simplement la date, ainsi que le ferait un tiers, mais sans préjudice du droit qu'a toujours le tribunal de constater la date réelle en connaissance de cause (arr. de rejet du 19 janvier 1814).

548. Puisque la loi n'exige que la signature de celui qui veut s'engager, on peut donner cette signature à l'avance, en laissant en blanc un espace, qui doit être rempli par le mandataire, suivant les intentions du mandant. C'est ce qu'on appelle un *blanc seing* : pratique qui peut être dangereuse, mais qui n'a rien en soi de répréhensible. Il y a eu à la vérité, jusque dans le dernier siècle (voir Merlin, *Répert.*, au mot *Blanc seing*), des arrêts qui ont déclaré nuls des blancs seings non ratifiés, tandis que d'autres décisions en maintenaient la validité. Mais aujourd'hui, indépendamment du principe général, qui ne permet pas de faire revivre d'anciennes prohibitions relatives à des matières réglées par le Code civil, nos lois modernes ont reconnu implicitement, mais bien clairement,

la validité des blancs seings, puisqu'elles en punissent l'abus. L'article 407 du Code pénal punit, en effet, de peines correctionnelles « quiconque abusant d'un blanc-seing qui » lui aura été confié, aura frauduleusement écrit au-des- » sus une obligation ou décharge, ou tout autre acte pou- » vant compromettre la personne ou la fortune du signa- » taire. »

Remarquons qu'il y a au fond, dans tout abus de blanc-seing, une sorte de faux intellectuel, puisque le mandataire écrit autre chose que ce que le mandant entendait signer; de même qu'un notaire commet un faux, lorsqu'il écrit dans un testament des dispositions qui ne lui ont pas été dictées. Mais les mêmes motifs, qui font dégénérer le vol en abus de confiance, lorsque le propriétaire avait remis lui-même la chose entre les mains de celui qui l'a détournée, d'un dépositaire par exemple, font qu'il n'y a pas faux, lorsque le blanc-seing a été volontairement confié à la personne qui en a abusé, le mandant ayant pu prévoir l'abus d'un pouvoir illimité en fait, bien que limité dans l'intention des parties. Il en serait autrement, aux termes du même article 407, si le blanc-seing n'avait pas été confié à celui qui l'a rempli; il y aurait alors un véritable faux, passible de la réclusion. Alors, en effet, il n'y aurait plus eu un simple abus de confiance, mais une véritable fabrication d'écritures; car, l'écrit faisant corps avec la signature, peu importe que je fabrique le billet tout entier, ou que j'adapte après coup des dispositions à une signature que vous n'avez jamais eu l'intention de me confier. Enfin la cour de cassation considère avec raison comme n'ayant pas confié le blanc-seing celui qui ne l'avait remis que comme adresse, comme souvenir, ou dans l'intention de souscrire un acte qui ne l'obligeait pas, tel qu'une pétition (voir les arrêts du 22 octobre 1812 et du 2 juillet 1829).

549. Mais si, dans la doctrine qui a prévalu, les blancs seings ont été généralement autorisés, le danger qu'ils présentent a dû appeler, dans certains cas, l'attention du législateur. De nombreuses fraudes pratiquées au commencement du dernier siècle, soit au moyen de blancs seings, soit au moyen de signatures surprises après coup, ont donné lieu à une déclaration du 22 septembre 1733, dont la substance est reproduite par l'article 1326 du Code civil : « Le billet ou la promesse sous seing privé, par » lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui » payer une somme d'argent ou une chose appréciable, » doit être écrit en entier de la main de celui qui le sous- » crit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait » écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en tou- » tes lettres la somme ou la quantité de la chose. »

550. Cette disposition ne s'applique qu'aux actes *où une seule partie s'engage*, c'est-à-dire aux actes unilatéraux ; car un acte peut être unilatéral, bien que souscrit par plusieurs débiteurs. C'est donc bien mal à propos que les cours de Paris et de Douai avaient déclaré valable, quant à la femme, le billet non approuvé par lequel une femme s'oblige solidairement avec son mari. Aussi leurs décisions ont-elles été cassées le 8 août 1815 et le 6 mai 1816.

551. La déclaration de 1733 ne parlait que des *valeurs en argent*. Le Code civil ajoute *ou une chose appréciable.* Ces expressions sont expliquées par ce qui suit : la somme ou la *quantité* de la chose. Il s'agit donc d'une obligation de quantités, c'est-à-dire de denrées, de marchandises, que l'on s'engage à livrer au porteur du billet. L'obligation de transférer un corps certain est en dehors des prescriptions de la loi. L'expérience a fait reconnaître que le danger était surtout dans l'extorsion de billets qui donnent au prétendu créancier le droit de réclamer de l'argent ou des

valeurs facilement réalisables. C'est à tort que certains auteurs ont accusé le législateur d'inconséquence; il n'a voulu atteindre que les fraudes les plus fréquentes dans la pratique, parce qu'elles étaient les plus difficiles à prouver, et les plus lucratives.

552. Un reproche plus fondé, mais qu'il était peut-être impossible d'éviter, c'est qu'aujourd'hui, comme sous la déclaration de 1733, la nécessité du bon ou approuvé ne s'applique pas aux personnes qui ont le plus besoin de la protection de la loi, aux marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée ou de service (Code civ., art. 1326). Ces personnes savent souvent signer sans savoir écrire, et exiger quelque chose de plus que leur signature, c'eût été les obliger à recourir au notaire pour les actes les plus simples. Mais ces exceptions, motivées par les besoins du commerce, doivent cesser avec la cause qui y donnait lieu. Il est donc impossible d'approuver un arrêt de la cour de Paris du 18 février 1808, qui dispense de la formalité de l'approbation les billets souscrits par un *ex-maçon*, comme si la qualité de maçon pouvait survivre à l'exercice de cette industrie.

Néanmoins un acte commercial en la forme, bien que souscrit par un non commerçant, ne tombe pas sous l'application de l'article 1326. Autrement, le Code de commerce aurait établi des formes spéciales pour les lettres de change souscrites par de simples particuliers (arr. de la cour de Montpellier du 20 janvier 1835). Celui qui souscrit un acte de cette nature est pour ainsi dire momentanément commerçant, puisqu'il se soumet à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps. Mais il y a plus de difficulté pour les billets à ordre souscrits par des non commerçants, billets qui ont bien la forme commerciale, mais qui ne donnent pas lieu à la contrainte par corps et n'entraînent qu'accidentellement la compé-

tence des tribunaux de commerce. La jurisprudence établit une distinction exacte, bien qu'assez délicate, entre le corps même du billet à ordre, qui doit être revêtu du bon ou approuvé, et l'endossement qui, par son essence, est affranchi de cette nécessité. Deux arrêts de cassation (du 7 thermidor an XI [1] et du 27 janvier 1812), ont également annulé comme contraires à la loi la décision qui dispensait de cette formalité le non négociant souscripteur d'un billet à ordre, et la décision qui voulait y soumettre les endosseurs non négociants.

553. La somme mentionnée dans l'approbation peut différer de celle qui est exprimée au corps de l'acte (*ib.*, art. 1327). Le Code, consacrant la doctrine de Pothier (*Oblig.*, nos 746 et 747), veut qu'on s'attache toujours à la somme moindre. Si c'est le chiffre porté dans l'approbation qui est supérieur, on suppose qu'il y a eu erreur dans cette approbation; si au contraire il est inférieur, on suppose que le débiteur a voulu restreindre l'étendue de son engagement. Ce n'est là néanmoins qu'une règle subsidiaire d'interprétation. Toutes les fois que les éléments de la cause, par exemple, un calcul arithmétique, permettront de reconnaître quel est le véritable chiffre, il faudra s'y attacher, fût-il de beaucoup le plus fort (même art. 1327).

554. L'omission de la précaution exigée pour la régularité du billet ne peut annuler la convention dont ce billet est la preuve, si cette convention peut être établie par d'autres moyens, notamment par l'aveu et par le serment. Cette opinion pouvait être soutenue, même sous l'empire de la déclaration de 1733, qui voulait que

[1] Cet arrêt a été rendu sous l'empire de la déclaration de 1733; mais, ainsi que l'a reconnu Merlin dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt de 1812 (*Répert.*, au mot *Billet à ordre*), la doctrine du Code sur ce point est absolument la même.

les billets de cette nature fussent nuls et de nul effet. On pouvait prétendre, bien que la jurisprudence fût contraire, que, les termes de la loi ne s'appliquant qu'au billet, la convention même n'était pas frappée d'une présomption absolue de fraude, et pouvait être prouvée, abstraction faite de ce billet. Il y a moins de doute aujourd'hui sur ce point, en présence des termes de l'article 1326, qui ne reproduit pas la nullité, mais dit seulement : *le billet doit être écrit de la main... Il faut qu'il ait écrit de sa main*, etc. Or la raison et l'expérience attestent que le défaut d'approbation peut aussi bien être le résultat d'une inadvertance que celui de la fraude. Gardons-nous de faire rejaillir sur la convention une nullité qui n'est pas même prononcée par la loi quant au billet, tandis que le législateur de 1733 défendait formellement aux juges d'en ordonner le payement. On pourra donc établir l'existence de la convention unilatérale par l'aveu, par le serment, ou même par la preuve testimoniale, si la valeur ne dépasse pas cent cinquante francs.

Mais ne faut-il pas aller plus loin, et, puisque le billet même n'est point frappé de nullité par la loi moderne, y voir un commencement de preuve par écrit, et admettre dès lors la preuve testimoniale, quelle que soit la valeur, afin de constater la cause réelle de l'engagement? Le billet non approuvé est en effet par lui-même de nature à rendre vraisemblable le fait allégué (Code civ., art. 1347). La fraude est possible sans doute; mais, si elle existe, elle ressortira de l'enquête que les juges n'ordonneront d'ailleurs qu'en connaissance de cause; si elle n'existait pas, au contraire, ne serait-il pas souverainement injuste de déclarer le billet de nul effet, à raison d'une simple inadvertance? Le système rigoureux établi en 1733 tenait à une réaction contre des abus tout récents. Sous l'empire du Code, la jurisprudence, qui s'était prononcée d'a-

bord pour l'avis le plus sévère, parait aujourd'hui fixée dans le sens de l'opinion des auteurs les plus exacts, qui considèrent le billet non approuvé comme pouvant constituer un commencement de preuve par écrit (voir les arrêts de rejet du 21 mars 1833 et du 6 février 1839).

555. Une autre question qui s'élève sur la forme des écrits constatant une obligation unilatérale, c'est celle de savoir si ces écrits doivent régulièrement constater la cause pour laquelle ils ont été souscrits, de manière en ce qu'en l'absence de cette mention, ce soit au créancier à prouver l'existence de la cause; ou bien s'ils font foi complète malgré l'absence de cette mention, sauf au débiteur à prouver qu'il n'y a pas effectivement de cause de l'obligation. En pure théorie, cette question pourrait s'élever aussi bien à propos d'un acte notarié qu'à propos d'un simple billet. Mais, dans la pratique, il ne peut guère arriver qu'un acte authentique ne mentionne pas formellement la cause pour laquelle le débiteur s'oblige. On peut donc considérer la question comme spéciale en fait aux actes sous seing privé. Elle devrait d'ailleurs recevoir la même solution, s'il s'agissait d'un acte authentique.

556. Ceux qui pensent que c'est au créancier à prouver la cause, lorsqu'elle n'est pas énoncée dans le billet, invoquent en leur faveur l'autorité du droit romain. Ils ne peuvent cependant se fonder sur les formes habituellement usitées à Rome pour contracter une obligation unilatérale. La manière même dont est conçue la *stipulation*, qui constate le plus souvent les engagements de cette nature : *Centum dare spondes? —Spondeo*; exclut évidemment la nécessité d'une pareille mention. Quiconque était régulièrement obligé, était censé ne s'être pas obligé sans cause. Mais le droit prétorien permettait au défendeur d'alléguer l'exception *non numeratæ pecuniæ* ; exception dans laquelle, par des motifs tout particuliers, ainsi

que nous l'avons vu (n° 36), on rejetait sur le demandeur le fardeau de la preuve. Cette interversion des rôles ne tenait pas néanmoins à la circonstance que la cause n'avait pas été mentionnée, mais à une présomption de fraude, qui subsistait en présence même de cette mention, du moins jusqu'à Justin. Ce fut cet empereur qui voulut le premier que la mention de la cause rétablît la présomption en faveur du créancier. *Generaliter sancimus* (l. 13, Cod., *de non. num. pec.*) *ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat : nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eamdem causam infirmare, testimonioque proprio resistere.* C'est à cette législation qu'appartient le texte si souvent cité, qui est inscrit sous le nom de Paul au Digeste, dans la loi 25, § 4, *de probationibus* : *Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit : nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit pro quibus eamdem conscripsit : tunc enim stare eum oportet suæ confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse.*

Le style de ce texte indique évidemment une interpolation. Les expressions : *cautio indebite exposita*, *indiscrete loquitur*, *indebite promisisse*, etc., appartiennent à la langue du Bas-Empire. La distinction à laquelle on prétend que Paul fait allusion, entre le cas où la cause est expri-

mée et celui où le billet *indiscrete loquitur*, est présentée par Justin, ainsi que nous venons de le voir, comme une innovation. Enfin la restriction qui exige des preuves écrites, *evidentissimis probationibus in scriptis habitis*, est tout à fait étrangère à l'époque des jurisconsultes classiques, et a été évidemment insérée après coup dans le texte. Le prétendu fragment de Paul n'est donc qu'une seconde édition de la constitution de Justin. Or, cette constitution n'était elle même qu'un tempérament apporté au principe exceptionnel, qui autorise celui qui allègue l'exception *non numeratæ pecuniæ*, à rejeter la preuve sur l'adversaire. Chez nous, ce principe exceptionnel, nous l'avons dit (voir n° 36), n'existe plus depuis longtemps: « Exception de pécune non nombrée n'a lieu, » dit Loisel (Instit. cout., liv. III, tit. II), « pour charger le demandeur qui a une obligation ou cédule reconnue. » Puisqu'il n'était utile de mentionner la cause que pour éviter l'interversion des rôles qu'entraînait cette ancienne exception, il est évident que, cette règle spéciale ayant disparu de notre droit coutumier, la modification apportée au principe a dû disparaître avec le principe lui-même [1].

557. Le Code civil, au chapitre de la preuve des obligations, est muet en ce qui concerne la constatation de la cause. Mais plus haut, dans la section où il traite spécialement de la cause, on y lit (art. 1132): « La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. » Cet article veut il dire que la validité de la convention n'est pas subordonnée à l'expression de la

[1] L'exception *non numeratæ pecuniæ* a été momentanément rétablie à l'égard des Juifs par l'article 4 du décret du 17 mai 1808, ainsi conçu: « Aucune lettre de change, aucun billet à ordre, aucune obligation ou promesse, souscrite par un de nos sujets non commerçants au profit d'un Juif, ne pourra être exigée, sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude. »

cause? Mais quel doute sérieux pouvait s'élever sur ce point? La validité de la convention n'est pas même subordonnée à l'existence du billet, qui n'en est que la preuve. Les expressions du législateur, pour avoir un sens, doivent s'entendre de la validité de l'acte qui prouve la convention. Or cette validité peut-elle être autre chose que la foi, jusqu'à preuve contraire, en faveur du créancier? La discussion du conseil d'État, bien qu'assez confuse, a porté explicitement sur la force probante du billet. C'est donc à cette force que l'article 1132 fait allusion. Cette présomption est du reste en harmonie avec le principe constant que le dol ou l'erreur ne se présume pas, et que dès lors quiconque signe un engagement, est présumé l'avoir signé sciemment, tant que le contraire n'apparaisse. Il est vrai qu'on se retranche sur la prétendue impossibilité où se trouve le débiteur de prouver une proposition négative. Mais nous ne pouvons que nous référer ici aux développements que nous avons donnés (nos 31 et suiv.) en traitant spécialement ce point; sans oublier le tempérament que nous avons indiqué dans l'application, lequel consiste à obliger le créancier, non à prouver la cause, mais à l'indiquer, afin que le débiteur puisse établir qu'elle n'existe pas.

558. Avant de terminer ce qui concerne la cause, nous devons combattre une opinion intermédiaire, puisée dans certains arrêts de nos anciens parlements, rappelée dans la discussion du conseil d'État, et admise encore aujourd'hui par des auteurs graves. Suivant cette opinion, dont la première trace se retrouve dans le commentaire de Danty sur Boiceau (addit. sur le ch. III du liv. II), il faudrait distinguer entre le cas où le souscripteur du billet aurait dit : *Je reconnais devoir*, reconnaissance qui impliquerait l'aveu d'une cause, et le cas où il aurait dit : *Je promets payer*, ce qui n'indiquerait pas aussi clairement

l'existence d'une dette. Ce serait seulement dans ce dernier cas, ou dans d'autres analogues, que la preuve incomberait au créancier. Mais Danty convient que plusieurs auteurs rejetaient cette distinction, et elle n'était nullement admise par Boiceau, qui emploie précisément les expressions : *Fateor me debere*, pour indiquer l'hypothèse où l'écriture n'est pas *causée*, s'il est permis d'employer le langage barbare de la pratique. Mais, quelle que soit l'autorité qui a imaginé cette distinction, il faut avouer qu'elle est bien frivole. Est-ce que celui qui promet payer, ne reconnaît pas virtuellement devoir ? et celui qui reconnaît devoir veut-il après tout faire autre chose que s'engager à payer ? Ou bien la mention est nécessaire, et alors confesser la dette, ce n'est nullement en exprimer la cause ; ou bien la mention est superflue, et alors les deux formules, *je reconnais devoir* et *je promets payer*, ont une valeur identique. Les cours de Bourges (le 12 février 1825) et d'Angers (le 3 juillet 1832) ont consacré formellement notre opinion. Quant à la cour de cassation, dans la plupart des espèces sur lesquelles elle a eu à se prononcer, les expressions prétendues sacramentelles *je reconnais devoir*, se retrouvaient dans le billet. Il existe toutefois un arrêt de cassation du 9 janvier 1822, rendu dans une espèce fort remarquable, où le signataire se reconnaissait débiteur, mais ne voulait pas dire d'où procédait la dette. La cour a jugé que c'était violer la loi, que d'obliger en pareille hypothèse le créancier à justifier de la cause (voir, dans le sens de notre opinion, une dissertation spéciale de M. Dejaër, dans la Revue étrangère et française, tome VIII, page 929).

559. Passons maintenant à la preuve par acte sous seing privé des conventions synallagmatiques.

560. Bien avant le dix-huitième siècle, on avait reconnu que, lorsque les deux contractants sont à

la fois créanciers et débiteurs, il convient de faire l'acte double pour donner à chacun d'eux le moyen de constater la convention. La *charte-partie*, par laquelle on prouvait jadis l'affrétement des navires, et dont le nom se retrouve encore dans notre Code de commerce (art. 273), était un acte rédigé sur une feuille de papier ou de parchemin, dont chacune des parties gardait la moitié; les deux moitiés étaient ensuite rapprochées, lorsqu'il s'agissait de demander l'exécution du contrat. Cette pratique serait vicieuse, si l'acte n'était pas écrit en entier sur chaque moitié; car, si l'une des moitiés de l'acte était supprimée par la partie qui l'aurait en sa possession, il deviendrait fort difficile de prouver le contenu de l'écrit, à l'aide de l'autre moitié seulement. Il faut mettre à la disposition de chacune des parties un original complet, et cette pratique est la seule usitée depuis longtemps. En Angleterre, on a nommé *actes dentelés* les écrits faits en autant de doubles qu'il y a de contractants. On place ces doubles les uns sur les autres, et on les coupe sur le sommet ou sur le côté en forme de dents correspondantes, afin d'en vérifier aisément l'identité. L'acte qui constate un engagement unilatéral est nommé par opposition *acte tondu* ou *rasé*, ou bien *acte simple* (Blackstone, liv. II, ch. 20). Mais la rédaction en double original n'est qu'une précaution dont l'omission ne peut compromettre la validité de l'écrit (Blaxland, *Cod. rer. angl.*, page 493).

561. Il en était de même en France, avant qu'un arrêt du parlement de Paris eût, à la date du 30 août 1736 [1], exigé, à peine de nullité, non-seulement que l'acte con-

[1] Cette jurisprudence paraît toutefois avoir pris son origine au Châtelet, ce sanctuaire de la vieille pratique. « Quelques uns de ces messieurs qui » avaient servi au Châtelet attestèrent que ces principes y étaient invaria- » blement suivis. » Telles sont les expressions de M. de Grainville, un des magistrats qui prirent part à l'arrêt de 1736.

statant une vente fût fait double, mais même qu'il mentionnât la circonstance qu'il avait été fait double : car, dans l'espèce, les deux doubles étaient représentés; il n'y avait que la mention d'omise. Plusieurs arrêts conformes vinrent consolider cette doctrine, qui finit par être regardée comme constante, bien qu'aucune ordonnance de nos rois ne l'eût sanctionnée. Telle qu'elle était formulée alors, la théorie des doubles avait une rigueur tout à fait déraisonnable. Le parlement paraît en effet, si l'on en croit M. de Grainville (voir, dans le *Répert.*, au mot *Double écrit*, ses développements à l'appui de l'arrêt de 1736), avoir confondu l'acte écrit avec la convention dont il est la preuve. « Un acte est absolument nécessaire, » dit-il, « pour établir qu'il y a eu une convention entre » les parties. Il est établi par le principe naturel des en» gagements que, si l'acte est sous seing privé, il doit être » double quand il contient des conventions réciproques : » si l'une des parties ou toutes les deux ont pu soustraire » la preuve que l'acte a été fait double, l'acte est nul et ne » peut prouver qu'il y a eu une convention; il n'a formé » aucun engagement entre les parties. » Mais où a-t-on vu qu'il fût défendu à l'un des contractants de se mettre à la merci de l'autre [1] ? Peut-on considérer comme une nullité la difficulté de fait qu'on éprouve, à justifier d'une convention qui n'est pas établie par écrit ? Même en admettant l'idée fondamentale de cette théorie, en supposant que l'écrit, pour être valable, doive pouvoir servir de titre à l'une comme à l'autre des parties, il est impossible de subordonner la validité intrinsèque de la convention

[1] C'est dans le même esprit que, de nos jours, certains arrêts (voir celui de la cour de Grenoble, du 23 mai 1829, et celui de la cour de Lyon, du 27 juin 1832) ont déclaré nulle une promesse unilatérale de vente, parce qu'il n'y avait pas lien de part et d'autre; comme s'il était nécessaire qu'un contrat, pour être valable, fût synallagmatique.

à cette égalité de position entre les contractants.

M. de Grainville poursuit l'exposition de sa théorie, afin de justifier la nécessité absolue de la mention que l'acte a été fait double. « Il n'est pas difficile d'appliquer ces principes » au défaut d'énonciation de *fait double* dans les deux ac- » tes. L'une ou l'autre des parties pouvait supprimer son » double; celui qui aurait voulu exécuter n'avait aucun » moyen pour prouver qu'il avait été fait double, et que » par conséquent l'engagement était obligatoire et réci- » proque..... Il est vrai que les deux doubles étaient re- » présentés; mais cette représentation ne rectifiait pas le » défaut d'énonciation qu'ils avaient été faits doubles. » Cette représentation ne donnait point à l'acte le carac- » tère qu'il n'avait pas. Il était nul dans son principe, parce » que ni l'un ni l'autre de ces doubles ne donnait aux » parties la preuve que la convention était réciproque et » par conséquent obligatoire. » Ce raisonnement n'est autre chose que l'application de la règle catonienne aux actes sous seing privé, dont la rédaction serait ainsi soumise à des solennités rigoureuses, dont rien ne pourrait couvrir l'omission. C'est conformément aux principes posés par ce magistrat, que le parlement de Paris décida en 1767 que l'exécution volontaire ne pouvait couvrir l'absence de la mention, et, en 1785, que l'existence même de la mention ne suffisait pas pour la régularité de l'acte, si l'on parvenait à prouver qu'il n'avait pas réellement été fait double : décisions parfaitement conséquentes, dès qu'on admettait la nullité radicale de la convention, qui n'était pas constatée dans les formes requises.

562. Mais cette nullité de la convention, qui ne reposait que sur une confusion de principes, n'a pas été reproduite par l'article 1325 du Code civil. « Les actes sous » seing privé qui contiennent des conventions synallag- » matiques, » dit cet article, « ne sont valables qu'autant

» qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de » parties ayant un intérêt distinct.

» Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant » le même intérêt. Chaque original doit contenir la men- » tion du nombre des originaux qui en ont été faits.

» Néanmoins le défaut de mention que les originaux » ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé » par celui qui a exécuté de sa part la convention portée » dans l'acte. »

Le législateur déclare que les actes non faits doubles ne seront pas valables. Mais il ne porte pas atteinte au principe que la convention peut toujours être constatée par tout mode de preuve légal, si la perfection n'en a pas été subordonnée à la rédaction de l'écrit. C'est ce qui apparaît clairement dans le dernier alinéa de l'article, qui veut que le défaut de mention du double original soit couvert par l'exécution. Et, cette mention n'étant exigée que comme preuve que l'acte a été réellement fait double, on décide avec raison (arrêt de cassation du 15 février 1814) que l'absence même de doubles se trouve couverte par cette exécution, qui produit l'effet attaché de droit commun à toute ratification volontaire (Code civ., art. 1338). Mais l'arrêt de 1767, qui refusait tout effet à l'exécution volontaire, n'était qu'un corollaire de celui de 1736, qui prononçait la nullité de l'acte à défaut de mention, bien que les deux doubles fussent représentés. Ces deux décisions étaient la conséquence du principe qui transformait l'écrit sous seing privé en un acte solennel, en dehors duquel il était défendu de rechercher les éléments nécessaires pour la validité de la convention. La confection d'un double original était requise à son tour, comme le seul moyen légal de certifier cette confection, absolument comme s'il s'agissait d'un acte notarié. En rejetant une des conséquences du principe,

le Code civil n'a-t-il pas rejeté le principe lui-même? Ne faut-il pas dès lors admettre que la mention du nombre des originaux n'est requise que pour la preuve; et que, si les deux doubles sont représentés, comme cela est arrivé dans l'espèce de 1736, on devra aujourd'hui exécuter la convention, puisqu'il apparaît par l'évidence du fait que les parties ont été dans une position égale (voir en ce sens un arrêt de Grenoble du 8 avril 1829)?

Néanmoins, si les rédacteurs du Code civil n'ont pas, comme le parlement de Paris, fait rejaillir la nullité de l'acte sur la convention elle-même, ils ont maintenu l'idée fondamentale de la théorie des doubles, qui n'accorde d'effet à l'écrit qu'autant qu'il a pu servir également de titre à l'un et à l'autre des contractants. C'est là une protection exorbitante accordée à des majeurs contre la possibilité d'une fraude : protection qui peut elle-même donner lieu à des fraudes contre ceux qui, ignorant la loi, croiraient l'autre partie sérieusement engagée par sa signature sur un original unique. Aujourd'hui cependant cette théorie donnera bien rarement lieu à des surprises, parce qu'elle est extrêmement connue; nous devons même ajouter que plusieurs législations étrangères, qui ont modifié en beaucoup d'autres points les dispositions de notre Code civil, ont reproduit son système en cette matière (voir Code holland., art. 1914, Code sarde, art. 1432). Il y a donc de l'exagération dans les critiques qu'on dirige contre cette théorie, puisqu'elle a été adoptée par des nations chez qui elle n'avait pas en sa faveur, comme chez nous, l'influence toujours si grave de l'autorité des précédents.

563. Mais, quel que soit le mérite de la théorie des doubles, elle a été admise en fait par les rédacteurs du Code, et nous devons l'appliquer suivant son véritable esprit. Or, cet esprit est de maintenir l'égalité de position entre les contractants. Cette égalité peut-elle subsister, si on

accorde quelque force à l'original présumé unique, puisqu'on n'y trouve pas la mention *fait double*, qui sera représenté par l'une des parties? Est-il dès lors possible de voir, avec plusieurs auteurs, dans cet original un commencement de preuve par écrit, afin d'admettre notamment la preuve testimoniale? Toullier, qui s'attache fortement à soutenir cette opinion (t. VIII, n° 318), se fonde d'abord sur une subtilité. Il fait remarquer que l'article déclare les actes *non valables*, et non pas *nuls* : nuance imperceptible, à laquelle il est impossible d'attribuer une importance sérieuse, le mot valable étant constamment opposé au mot nul dans les dispositions de nos lois (Code civ., art. 48 et 170). Mais, si l'acte n'est pas valable, peut-on le faire rentrer dans les termes de l'art. 1347, qui considère comme commencement de preuve par écrit tout acte par écrit émané du défendeur et qui rend vraisemblable le fait allégué? La prétention de la partie adverse est qu'il n'y avait après tout qu'un projet, qu'elle n'entendait se lier que par la signature et la remise respective des doubles. En quoi l'original unique, qui est représenté, rend-il le contraire vraisemblable? « Mais, dit Toullier (*ib.* n° 322), l'acte fait plus » que de rendre vraisemblable la convention qu'il con- » tient, il la prouve complétement aux yeux de tout » homme sensé. » Ici l'auteur laisse échapper le fond de sa pensée. L'acte, dans son opinion, est pleinement probant, et ce n'est que pour obéir à la lettre de la loi qu'il le considère comme un simple commencement de preuve. Mais c'est là détruire le système du législateur. Ou bien l'acte est régulier, et il suffit pour établir la convention, ce que la loi ne permet pas d'admettre; ou bien il est irrégulier, et il est présumé n'être qu'un projet, qui ne prouve absolument rien quant à la perfection du contrat. D'ailleurs, est-il bien exact de dire que l'acte

prouve complétement la convention aux yeux de tout homme sensé? Le consentement des parties n'est-il pas souvent subordonné à la rédaction d'un écrit en forme? N'est-ce pas même ce qui arrive presque toujours en matière immobilière? Il est trop évident que la partie qui pourrait s'emparer de cet acte, afin de le corroborer par la preuve testimoniale, ou par de simples présomptions, aurait un avantage immense sur l'autre, qui se trouverait dans l'impossibilité d'user de la même faculté, et que l'équilibre que le législateur a voulu établir, se trouverait ainsi complétement rompu? Dans la pratique, les cours royales sont partagées sur cette question, que la Cour de cassation n'a pas eu occasion de juger *in terminis*. En Hollande et en Sardaigne, on voit dans l'acte un commencement de preuve par écrit; mais dans ces pays, le législateur lui-même a établi ce moyen terme, qui nous paraît inadmissible dans le silence de la loi.

564. La convention a pu être subordonnée à la rédaction d'un écrit; mais elle a pu fort bien être indépendante de cette rédaction. Dans ce dernier cas, il doit être permis au demandeur, ainsi que nous l'avons dit, du moins depuis la promulgation du Code, de laisser de côté l'écrit et d'user des moyens de preuve qui lui sont toujours réservés comme dernière ressource, de l'interrogatoire et du serment. On a cependant quelquefois soutenu que c'était encore là violer l'égalité de position entre les parties, parce que celui à qui on opposerait un écrit revêtu de sa signature, n'oserait pas jurer qu'il n'est pas obligé. Mais, fût-il vrai que le serment devînt moralement impossible, l'inégalité de position des parties ne serait après tout que morale et non point légale, puisque le sort du défendeur serait toujours entre ses mains. Bien plus, l'objection n'est pas même fondée; car celui qui dit n'avoir signé qu'un projet, peut très-consciencieusement, si son allégation est

vraie, prêter serment qu'il n'a pas entendu s'engager. Il est impossible après tout que la partie nantie d'un acte dont elle renonce à se prévaloir, se trouve dans une condition inférieure à celle de la partie qui ne pourrait absolument rien invoquer en sa faveur.

565. La doctrine moderne, comme la doctrine ancienne, n'applique la nécessité des doubles qu'à la preuve des contrats synallagmatiques, c'est-à-dire qui produisent des engagements de part et d'autre. Il ne faut pourtant pas s'attacher à la dénomination de l'acte, mais à la nature de l'engagement qui en résulte. Si donc on a qualifié de vente un contrat où il y a quittance du prix, il est clair que l'acheteur seul a intérêt à avoir un original en sa possession, puisque le vendeur est complétement libéré et qu'il ne reste plus qu'un engagement unilatéral (arrêt de Montpellier du 20 juin 1828). Mais en serait-il de même dans le cas inverse, c'est-à-dire si un acte, unilatéral de sa nature, engendrait en fait des obligations réciproques? Tels sont les contrats qu'on a nommés *synallagmatiques imparfaits*, le mandat, le gage, etc., qui n'obligent dans le principe que le mandataire ou le créancier gagiste, mais d'où peuvent naître plus tard des obligations pour le mandant ou pour le débiteur. Rien de plus prudent sans doute pour le créancier ou pour le mandataire, que de se faire remettre un double. Mais l'article 1325 ne l'exige pas, puisqu'il ne parle que des contrats synallagmatiques, et qu'aucune disposition de nos lois n'autorise à comprendre dans cette classe les contrats synallagmatiques imparfaits, qui ne sont qu'une variété des contrats unilatéraux. La théorie des doubles, si elle peut avoir quelque utilité, est du moins incontestablement une doctrine exceptionnelle, qui n'est pas susceptible de s'étendre aux cas non prévus.

566. Enfin l'application de cette théorie est incompatible avec la célérité requise dans les opérations commerciales.

L'article 109 du Code de commerce cite bien parmi les preuves les actes sous signature privée, sans faire aucune réserve; mais, par cela seul qu'il admet ensuite la correspondance, il paraît regarder la juridiction consulaire comme autorisée à prendre en considération toute espèce d'écrit. Il est vrai que la correspondance offre plus de garantie en matière commerciale qu'en matière ordinaire, à raison de l'obligation où se trouve le commerçant de mettre en liasse les lettres qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie (Code de comm., art. 8). Mais il est difficile de croire qu'on ait entendu astreindre les écrits privés à une certaine forme dans des matières où, la preuve testimoniale étant indéfiniment admissible, les restrictions auxquelles on attache le plus d'importance en matière ordinaire sont complétement écartées. La loi a pris soin du reste de rappeler (*ib.*, art. 39) que les sociétés en nom collectif ou en commandite, constatées par des actes sous signature privée, doivent être rédigées conformément à l'article 1326 du Code civil. Il convient sans doute d'appliquer la même décision à certains contrats commerciaux synallagmatiques, tels que celui d'assurance maritime, qui, soumis à la rédaction par écrit, doivent rentrer dans les prescriptions du droit commun. Mais il ne saurait en être de même pour les opérations usuelles, telles que les ventes, pour la preuve desquelles la loi a laissé toute latitude aux parties.

§ 2. Foi à l'égard des tiers.

567. Il n'est pas douteux que l'acte sous seing privé, lorsque la sincérité en est légalement établie, n'ait, à l'égard des signataires, la même foi que l'acte authentique. Mais l'article 1322 lui accorde cette autorité entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et *ayant-*

cause. De graves difficultés s'élèvent sur cette disposition, comparée à celle de l'article 1328, qui veut que les actes sous seing privé ne fassent point foi de leur date à l'égard des *tiers*. Quels sont les ayant-cause des parties ? Quels sont ceux qu'il faut considérer comme des tiers ? Parlons d'abord des successeurs et ayant-cause à titre universel; puis nous aborderons la question si débattue des ayant-cause à titre particulier.

568. Les successeurs à titre universel sont tenus de tous les engagements souscrits pendant la vie de leur auteur. Ils n'ont dès lors en général aucun intérêt à contester la date de l'écrit, puisqu'ils sont liés par la signature du défunt, lorsqu'elle est bien constatée, à quelque époque de sa vie qu'elle ait été donnée. Mais, lorsque leur auteur a été frappé d'une incapacité qui ne l'empêchait pas en fait de souscrire des actes, par exemple, s'il a été interdit, les héritiers sembleraient fondés à exiger du porteur de l'écrit qu'il fût revêtu d'une date certaine, antérieure à l'interdiction prononcée. Et par voie de conséquence, il faudrait dire que l'interdit lui-même, de son vivant, peut se refuser à exécuter des engagements dont on ne peut prouver l'antériorité à l'époque où son incapacité a commencé. Les héritiers ne sont en effet les ayant-cause du défunt, il n'est leur auteur que tant qu'il a eu le pouvoir de contracter. L'incapable lui-même n'est, si l'on peut s'exprimer ainsi, son propre ayant-cause que pour les actes qu'il a souscrits avant de devenir incapable. Ce serait donc au créancier, qui joue le rôle de demandeur, à établir que la date de l'écrit est antérieure à l'événement qui a changé la position du signataire.

Telles seraient les conséquences rigoureuses auxquelles on devrait en effet arriver, si la doctrine relative à la certitude de la date était un de ces principes de raison qui

dominent la science, et auxquels on ne doit pas hésiter à donner toute la portée dont ils sont susceptibles dans l'application. Mais cette nécessité d'une date certaine à l'égard des tiers n'est autre chose qu'une précaution qui, inconnue pendant longtemps en jurisprudence, n'a été introduite dans notre ancien droit que par des considérations d'utilité pratique. Il faut donc voir quels sont les intérêts qu'on a voulu garantir en établissant cette doctrine. Or, en consultant les arrêts et les auteurs, il est facile de reconnaître que le but qu'on s'est proposé a été de protéger les tiers proprement dits, c'est-à-dire ceux qui traiteraient avec les parties contractantes, contre le danger d'antidates, pratiquées après coup en fraude de leurs droits. Mais on n'a jamais entendu par tiers, ni les héritiers dont l'auteur aurait été frappé d'incapacité pendant une partie de sa vie, ni surtout l'incapable lui-même. On a toujours voulu que, dans les rapports du créancier avec le signataire de l'acte ou avec ses héritiers, il fût dispensé de donner à l'écrit une date certaine ; autrement il serait impossible d'avoir la moindre sécurité, lorsque l'on traite avec une personne, sans faire les frais de l'enregistrement, puisque, d'un moment à l'autre, cette personne peut devenir incapable. Et pour remédier à une fraude exceptionnelle, dans le cas où l'incapable aurait souscrit des actes antidatés, sans qu'il fût possible de reconnaître l'antidate, on tomberait dans l'immense inconvénient d'annuler tout écrit antérieur à l'incapacité, mais dont la date ne serait pas légalement établie. Une doctrine conçue dans un intérêt tout pratique ne doit pas recevoir une extension que l'utilité pratique désavoue. Après tout, les héritiers de l'incapable, ayant en général avec lui des rapports bien plus intimes que les tiers, ont plus de facilité pour établir l'antidate qui peut toujours être constatée en connaissance de cause (voir en ce sens les arrêts de rejet du 17 mai 1831

et du 18 mars 1836, et un arrêt de la cour de Colmar du 30 juillet 1831).

569. Les successeurs à titre particulier, au contraire, doivent-ils être considérés comme les ayant-cause du signataire de l'acte sous seing privé, ou bien comme des tiers? Pourra-t-on notamment (car c'est sur cette espèce si simple que se sont élevées les plus vives controverses) opposer à l'acheteur d'un immeuble, qui justifie de son droit par un acte ayant date certaine, un écrit non enregistré, d'où il résulterait une vente antérieure du même immeuble au profit d'une autre personne? Toullier, (tome VIII, n°s 244 et suiv., et dissert. à la fin du tome X) a soutenu avec opiniâtreté l'affirmative, en se fondant sur la lettre de l'article 1322, qui parle des héritiers et ayant-cause, sans distinguer s'il s'agit d'ayant-cause à titre particulier ou à titre universel. Or, l'acheteur est l'ayant-cause de son vendeur. Donc les actes faits par le vendeur ont à son égard date certaine.

Les auteurs distingués qui ont combattu cet étrange paradoxe, se sont surtout attachés à en démontrer les fâcheuses conséquences, à faire ressortir la contradiction qu'il offrirait avec la disposition de l'article 1328, destinée à protéger les tiers. Par tiers il ne faudrait entendre, suivant Toullier, que les créanciers saisissants, lesquels, tenant leurs droits, non du débiteur, mais de la loi, ne sont pas ses ayant-cause, et ne sauraient dès lors être écartés par un acheteur qui ne représenterait pas un acte ayant date certaine antérieure à la saisie. Cet exemple est en effet celui que donne Pothier (*Oblig.*, n° 715). Mais il est évident que les créanciers saisissants sont des ayant-cause tout aussi bien que les acheteurs; car le droit qu'ils exercent n'est qu'un reflet de celui de leur débiteur, et la distinction imaginée par Toullier est tout à fait arbitraire. Toutefois, il n'est pas exact de soutenir, comme

l'ont fait ceux qui ont combattu Toullier, que le texte de l'article 1322 doit nécessairement se restreindre aux ayant-cause à titre universel. Cela paraît bien peu vraisemblable, puisque l'article 1322 s'exprime exactement comme l'article 1319, qui, en parlant des actes authentiques, mentionne les héritiers et ayant-cause, et qu'il n'a jamais été douteux, dans ce dernier cas, que la convention ne liât même les successeurs à titre particulier. Il faut donc convenir que l'acheteur est l'ayant-cause de son vendeur. Mais cela veut-il dire qu'il soit tenu de respecter des actes n'ayant point de date certaine? Nullement; car toute l'argumentation de Toullier repose sur une pétition de principe. Le successeur particulier n'est pas l'ayant-cause de son auteur pour toute la vie de cet auteur, comme le serait un successeur universel; il ne l'est que pour les actes antérieurs à la date de celui sur lequel repose son droit. Que celui qui se prétend antérieur en date prouve qu'il a traité en effet le premier avec le vendeur, et il l'emportera, son adversaire fût-il pourvu d'un titre authentique. Autrement, il faudrait soutenir que l'acheteur est l'ayant-cause de son vendeur pour les actes par lui consentis postérieurement à la vente : système qui se réfute assez de lui-même. C'est ainsi que se concilient les articles 1322 et 1328. On sent bien du reste que la pratique n'a jamais admis la doctrine de Toullier (voir un arrêt de rejet du 20 février 1827).

570. Celui qui achète un bien, ou qui, en général, se fait concéder un droit réel, a dû immédiatement prendre les précautions nécessaires afin de consolider son acquisition, puisque la nature même de son droit le mettait en rapport avec les tiers. Mais faut-il être aussi rigoureux à l'égard de celui qui devait s'attendre à n'avoir affaire qu'à une seule personne, vis-à-vis de laquelle il était en règle, et qui se trouve tout à coup en relation avec des tiers?

Nous voulons parler d'un débiteur qui se serait contenté, ainsi que cela se pratique tous les jours, d'une quittance non enregistrée, en faisant à son créancier un payement total ou partiel. Lorsqu'il opposera cette quittance à un cessionnaire ou à un créancier de son créancier, qui viendra saisir la créance entre ses mains, ceux-ci pourront-ils lui répliquer qu'ils sont des tiers à l'égard du cédant ou du débiteur saisi, et que, dès lors il n'est permis de les repousser qu'en leur représentant une quittance ayant date certaine? De nombreux arrêts ont été rendus en sens divers sur cette question, et il est évident que les circonstances ont dû beaucoup influer sur la solution qu'elle a reçue dans les différentes espèces. Mais, en prenant la substance de ces décisions, on peut les concilier presque toutes au moyen de la distinction suivante: ou bien les quittances ont été immédiatement opposées par le débiteur, et alors, si rien n'indique une fraude préméditée, on doit présumer la quittance antérieure à la signification; ou bien, au contraire, le débiteur a tardé à la faire valoir, et alors l'antidate devient vraisemblable, la présomption est contre la sincérité de la date, et l'on rentre dans le droit commun. Cette distinction est assez en harmonie avec l'article 1295 du Code civil, aux termes duquel le débiteur, qui a accepté purement et simplement la cession que le créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. La cession frauduleuse d'une créance ou d'une portion de créance déjà éteinte, est un événement extraordinaire, contre lequel on ne peut exiger que le débiteur se mette en garde en prenant des précautions inusitées. Il suffit que, dès qu'il se trouve en rapport avec les tiers, il leur fasse connaître sa position.

571. Un point sur lequel on est assez d'accord dans

cette matière si controversée, c'est que la certitude de la date n'est pas requise, même à l'égard des tiers, dans les opérations commerciales, qui, sous le double rapport de la célérité et de l'économie, ne peuvent être soumises à la nécessité de l'enregistrement (voir les arrêts de rejet du 28 janvier 1834 et du 17 juillet 1837).

572. Quant à la manière de donner date certaine aux actes, le procédé normal, le seul employé habituellement, c'est l'enregistrement. L'application de cette formalité aux actes sous seing privé n'est pas ancienne dans notre droit. Le contrôle, qui correspond à l'enregistrement actuel, ne fut appliqué à ces actes que par un édit du mois d'octobre 1705. Entre les parties, l'enregistrement n'est exigé qu'autant qu'on veut faire usage en justice des écrits privés (loi du 22 frimaire an VII, art. 23). Mais cette règle, comme toutes les dispositions purement fiscales, s'élude souvent dans la pratique; on mentionne, dans les requêtes et dans les plaidoiries, sous la dénomination de *conventions verbales*, celles qui ont été rédigées par écrit, mais non revêtues de la formalité de l'enregistrement.

573. Outre l'enregistrement, l'article 1328 mentionne deux circonstances qui assurent la date des actes : la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, et la constatation de leur substance dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé et d'inventaire. Ces circonstances sont-elles les seules? Toullier (tome VIII, n° 242) suppose que le signataire a perdu les deux bras, et il décide qu'à partir de ce moment, les actes qu'il avait souscrits auront date certaine. Mais on sait qu'il n'est pas impossible d'écrire avec le pied; il y a même un artiste contemporain, chez qui cet organe a acquis assez de souplesse pour manier le pinceau, et qui a exécuté des ouvrages assez remarquables. Bien plus, fût-il certain, dans

l'espèce, qu'il y a impossibilité matérielle d'écrire pour le signataire de l'acte, il serait toujours très-dangereux d'ajouter, à raison de positions exceptionnelles, de nouvelles circonstances à celles mentionnées dans l'article 1328. On en viendrait à décider, comme l'avait fait la cour de Grenoble, par un arrêt qui a été cassé le 27 mai 1823, que la connaissance qu'aurait eue l'acheteur postérieur de l'acte sous seing privé qu'on lui oppose suffit pour donner à cet acte date certaine à son égard. Alors la certitude de la date ne serait plus qu'une affaire d'appréciation, contrairement à ce qui est décidé en matière de transcription, là où elle est requise (Code civ., art. 1071). Et cependant l'utilité pratique de l'enregistrement consiste précisément en ce qu'il donne une base fixe aux droits des parties. Il faut donc s'en tenir à la lettre de l'article 1328. L'intention du législateur a été évidemment restrictive; car le cas de mort d'un des signataires de l'acte était le seul prévu dans le projet, et ce n'est qu'après discussion qu'on a ajouté le second cas, celui de la constatation des écrits privés dans des actes publics : addition qui n'aurait eu aucun sens, si l'article n'avait été qu'énonciatif.

DEUXIÈME DIVISION.

VÉRIFICATION DES ÉCRITURES.

574. La présomption exorbitante, qui fait réputer authentique, jusqu'à inscription de faux, l'écrit revêtu des apparences de l'authenticité, n'a jamais existé en ce qui concerne les écrits privés, dont la falsification est à la fois plus facile et moins sévèrement punie. Tandis que celui à qui on oppose un acte authentique apparent, est obligé de s'inscrire en faux pour en détruire l'autorité, celui auquel on oppose un écrit privé revêtu de sa signature apparente, peut se contenter de le méconnaître, et c'est alors au porteur de l'écrit qu'incombe le fardeau de la preuve. « Quant aucuns, dit Beaumanoir (ch. 35, » § 3) est ajornés à se lettre, et il nie pardevant juge » qu'il ne bailla onques cele lettre, et que ce n'est pas » son seaus, il convient que li demanderes le proeve. »

575. Mais en sera-t-il de même, lorsque le porteur de l'acte sous seing privé sera défendeur? Ainsi sera-ce au légataire universel à prouver la sincérité d'un testament olographe, bien qu'à défaut d'héritiers à réserve, il ait obtenu l'envoi en possession en vertu de ce testament [1] (Code civ., art. 1008)? Observons qu'en toute autre hypothèse, les héritiers du sang seraient saisis, et le

[1] Il est vrai que la saisine du légataire universel, dans l'espèce, procède de la loi, et non de l'envoi en possession, qui n'est qu'une affaire d'exécution. Mais lorsqu'il agit vis-à-vis des héritiers du sang, sans s'être fait

légataire demandeur incontestablement obligé de faire vérifier. Ceux qui soutiennent l'affirmative font remarquer que l'ordonnance du président n'est pas rendue contradictoirement, et qu'elle ne constitue qu'un acte de juridiction gracieuse, qui ne peut être refusé au requérant, à moins que l'écrit ne porte des marques évidentes de fausseté. La présomption de vérité ou de fausseté du testament ne saurait être le prix de la course. Dans le sens de la négative, qui a été consacrée par plusieurs arrêts de la cour de cassation (voir notamment ceux du 16 juin 1830, et du 30 mars 1833), on répond que la possession ne doit pas nécessairement provenir d'un jugement proprement dit, pour établir en faveur de celui qui l'invoque une présomption de droit; qu'il suffit qu'elle soit régulière, ce qui est incontestable dans l'espèce, pour que le fardeau de la preuve incombe au non possesseur. Si les héritiers se plaignent d'avoir été prévenus par l'envoi en possession, n'ont-ils pas aussi quelque négligence à se reprocher, sauf le cas exceptionnel où aucun d'eux ne se trouverait sur les lieux? Enfin, si c'est toujours au légataire à faire vérifier l'écriture, où s'arrêter dans cette voie? On pourra donc, pendant trente ans, et même après trente ans, si quelqu'un des intéressés était mineur ou interdit, obliger ce légataire à prouver la vérité de l'écrit, lorsque ses preuves auront péri, et qu'une longue possession aura dû lui assurer une parfaite sécurité? Cette dernière considération nous paraît décisive.

576. La vérification d'écritures se conçoit comme demande principale, ou comme demande incidente. Le

envoyer en possession, il ne peut, pour se dispenser de la preuve, invoquer la saisine. Cette prétention serait une véritable pétition de principe, puisqu'il s'agit d'établir la qualité qui peut seule lui attribuer la saisine.

Code de procédure qui, en ce qui touche l'enquête et l'inscription de faux, paraît supposer (art. 215 et 252), que ces procédures ne se présenteront jamais que d'une manière incidente, ne considère, au contraire, la vérification d'écritures que comme étant l'objet d'une demande principale (*ib.*, art. 193). C'est qu'en effet l'édit de 1684, qui était jadis la loi de la matière, avait voulu qu'on ne pût obtenir en justice l'exécution des conventions constatées par actes privés, sans avoir au préalable assigné son adversaire en reconnaissance d'écriture. Seulement, une déclaration de 1703 avait autorisé en matière d'effets de commerce « à obtenir condamnation sur de simples as» signations dans la manière ordinaire, sans qu'au préa» lable il fût besoin de procéder en reconnaissance, si» non au cas que le défendeur déniât la vérité des actes. » Il n'est pas douteux aujourd'hui que cette faculté ne doive être accordée en toute matière, la restriction de l'édit de 1684 n'ayant pas été reproduite expressément par le Code de procédure. Un arrêt de cassation du 7 janvier 1814 a été rendu en ce sens. Cette jurisprudence consacre le système raisonnable, trop souvent méconnu par les praticiens, suivant lequel on ne doit pas considérer comme limitatives les dispositions des lois de procédure, lorsqu'elles prévoient certains cas plus fréquents dans la pratique, sans exclure formellement les autres.

577. La procédure en vérification d'écritures est moins compliquée que celle du faux. Elle comprend trois phases: 1° une procédure préalable tendant à obtenir la reconnaissance de l'écriture, procédure qui n'est nécessaire que lorsqu'on conclut spécialement à la vérification de l'écrit; 2° l'instruction, qui a pour objet de vérifier l'écriture, si elle est déniée; 3° le jugement définitif. Nous dirons quelques mots, en terminant, sur l'application de l'inscription de faux aux actes sous seing privé.

§ 1. Procédure tendant à obtenir reconnaissance de l'écrit.

578. Ici, comme en matière de faux, on a pensé qu'il fallait, avant de procéder à des investigations difficiles et compliquées sur la sincérité de l'écrit, mettre le défendeur en demeure de le dénier ou de le reconnaître. Et on a voulu simplifier cette procédure préalable, dès l'édit de 1684, qui a autorisé le demandeur en vérification à assigner son adversaire à un délai de trois jours seulement. Cette abréviation, reproduite par nos lois (Code de proc., art. 193), a de plus aujourd'hui l'avantage d'emporter dispense du préliminaire de conciliation (*ib.*, *art.* 49, 2°), ordinairement exigé par le droit moderne. Si la demande est formée incidemment, on la notifie, non plus par assignation, mais par acte d'avoué à avoué, en observant le même délai. Mais, ainsi que nous venons de le dire, il faut supposer que le porteur de l'écrit conclut spécialement à la vérification, soit que la dette ne soit pas encore échue, soit, en tout cas, que cette marche lui semble plus utile. Celui qui produit purement et simplement, à l'appui d'une demande principale, un acte sous seing privé, n'est pas obligé de conclure à la reconnaissance de cet acte, tant qu'il n'y a pas de contestation sur ce point de la part de l'adversaire.

579. « Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, » dit l'article 1323 du Code civil, « est obligé d'avouer ou » de désavouer formellement son écriture ou sa signa- » ture. » En Angleterre, il lui est permis de garder le silence, sans se compromettre (Blaxland, *Cod. rer. angl.*, page 493). Notre pratique est préférable; tel plaideur, qui ne se ferait pas scrupule de garder le silence, pourra reculer devant un mensonge formel. C'est pour mieux atteindre ce but que la loi de procédure de Genève (art. 232)

prescrit, en pareille hypothèse, la comparution personnelle des parties ; et rien n'empêche nos tribunaux d'ordonner cette mesure, lorsqu'ils la jugent utile à la manifestation de la vérité.

580. Mais on ne peut imposer cette obligation qu'à celui qui est poursuivi comme personnellement signataire de l'acte. « Ses héritiers ou ayant-cause, » ajoute l'article 1323, « peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connais- » sent point l'écriture ou la signature de leur auteur. » Ici le mot *ayant-cause* comprend évidemment, et les successeurs à titre universel, et les successeurs à titre particulier ; un acheteur, par exemple, qu'on voudrait évincer de l'immeuble acheté, en invoquant un acte sous seing privé ayant une date certaine antérieure à celle de son titre. Il en serait évidemment de même des administrateurs qui représenteraient le signataire, notamment du tuteur de l'interdit.

581. Si le défendeur reconnaît l'écriture, on en donne acte au demandeur. S'il fait défaut, contrairement à la règle générale qui veut que les conclusions du demandeur ne lui soient adjugées que si elles se trouvent justes et bien vérifiées (Code de proc., art. 150), l'écrit est ici tenu pour reconnu (*ib.*, art. 194), sauf, bien entendu, le droit de former opposition. Toutefois, cette règle n'est pas tellement absolue que le juge ne puisse et ne doive s'en écarter, lorsqu'il s'agit d'un incapable que le silence de ses représentants ne doit pas compromettre.

582. Enfin, si le défendeur dénie l'écriture, la preuve *peut en être ordonnée* aux termes de l'article 195 du Code de procédure. Les expressions du Code civil semblent plus impératives : *la vérification en est ordonnée en justice*, dit l'article 1384 de ce Code. Quelques auteurs ont conclu de ces dernières expressions que la vérification était indispensable : ce qui est vrai en ce sens qu'il est interdit au

juge de passer outre, toutes les fois qu'une écriture est déniée, sans s'être prononcé sur la sincérité de cette écriture (arr. de cass. du 12 novembre 1828 et du 6 février 1837). Mais cela ne veut pas dire qu'il faille absolument une expertise ou une enquête, pour faire tomber la foi d'un écrit. Le tribunal doit statuer sur la demande qui lui est soumise, mais il peut le faire sans lenteurs et sans frais, d'après ses propres lumières, lorsque la sincérité de l'écrit lui paraît évidente (arr. de rej. du 9 décembre 1839); ou bien, au contraire, lorsque la fausseté en est palpable (arr de rej. du 14 mars 1837). Puisqu'on le décide en matière de faux, où l'instruction est si compliquée (voir nos 512 et 515), à plus forte raison doit-on le décider pour la vérification, dont la procédure est beaucoup plus simple.

§ 2. Vérification de l'écrit.

583. Les modes de vérification sont les mêmes qu'en matière de faux. On vérifie l'écrit tant par titres que par experts et par témoins (Code de proc., art. 195). Il faut décider également que le concours de ces trois preuves n'est pas exigé, d'abord parce qu'il n'est pas toujours possible, et en second lieu, parce qu'on peut, notamment lorsqu'on prouve par titres, l'écrit privé se trouvant relaté dans un acte authentique, arriver, au moyen d'un seul mode, à une démonstration parfaitement concluante.

584. Nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne cette preuve par titres. Ce mode de vérification est encore ici le plus sûr et le plus expéditif; malheureusement il n'arrive pas fréquemment qu'on ait occasion d'en faire usage.

585. Quant à la preuve par témoins, on se demande si l'admettre, quelle que soit l'importance du litige, pour

vérifier un écrit suspect, ce n'est pas détruire le principe restrictif posé par l'ordonnance de Moulins. Cette objection n'avait pas échappé à Boiceau, le premier commentateur de l'ordonnance. *Certum est*, dit-il (partie II, ch. I), *et communi usu Galliæ receptum, nullam privatam scripturam nullumque chirographum fidem habere, nisi prius agnoscatur : quod si denegetur, testibus ex necessitate opus erit, ad probandum signum, vel sigillum manuscriptum vel appositum fuisse ab eo qui denegat scripturam; et sic ad testes semper erit recurrendum, imminebitque periculum et suspicio subornandorum testium : hinc inter locutiones, allegationes et involutiones innumeræ, ut antea, locum habebunt. Quocirca hæc lex regia, hoc respectu, illusoria videbitur et sibi ipsi contraria.* La réponse de Boiceau, qui a été reproduite de nos jours par Toullier[1], et que nous avons déjà eu occasion de combattre (voir n° 108), n'est rien moins que satisfaisante. Elle consiste à dire que l'écrit même, dont il s'agit d'établir la sincérité, est un commencement de preuve, de nature à autoriser l'enquête. Mais c'est là faire une pétition de principe manifeste, puisque le litige porte précisémen sur l'écrit : erreur qui, moins grave dans l'ancien droit, lorsque le commencement de preuve par écrit n'était pas encore défini, est bien plus sensible aujourd'hui que la loi a déclaré formellement que l'écrit doit émaner de l'adversaire (Code civ., art. 1347). La véritable réponse à l'objection se trouve dans la nature même du principe restrictif de la preuve testimoniale. Le vœu du législateur est qu'un écrit soit rédigé pour constater les con-

[1] S'il nous arrive souvent de critiquer les opinions de Toullier, ce n'est pas de notre part esprit de dénigrement systematique contre un auteur qui a rendu d'eminents services à la science, notamment dans ses travaux sur la preuve des obligations. Mais il n'a pas toujours autant de rectitude dans le jugement que d'étendne dans les idees, et, à côté d'excellentes choses, on trouve dans son livre des erreurs de principes, qu'il importe de signaler.

ventions des parties ; mais comment prouver le fait même de la confection de l'écrit ? Ce serait exiger l'impossible que de demander une preuve écrite de cette confection. Car où s'arrêter dans cette voie ? Il n'y a donc pas à motiver ici par quelque circonstance exceptionnelle l'admission de l'enquête, puisqu'on ne se trouve pas sous l'empire de la règle, applicable, nous l'avons souvent répété, aux conventions des parties, et non pas aux simples faits, tels que la rédaction d'un acte.

586. Dans l'opinion contraire, il faudrait dire, pour être conséquent, que, puisqu'il y a commencement de preuve par écrit, les tiers peuvent déposer sur l'existence même de la créance, ainsi que cela se pratiquait sans difficulté du temps de Beaumanoir, lorsque la preuve par témoins était indéfiniment admise. Les témoins pouvaient en effet déclarer alors (chap. 35, § 3) « se cil » qui a le niance fete avait reconnut, par devant bone » gent, avant le niance, que cil avait ses lettres et qu'il » estoit tenus à li à ce qui est reconnut en la teneur » des lettres. » Quelques auteurs n'ont pas craint d'adopter aujourd'hui la même décision, en s'appuyant sur les termes généraux de l'article 211 du Code de procédure : « Pourront être entendus comme témoins, ceux qui au» ront vu écrire ou signer l'écrit en question, ou qui *au» ront connaissance de faits* pouvant servir à découvrir la » vérité. » Mais ce serait là une violation manifeste de la règle suivant laquelle l'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile, là où la preuve testimoniale n'est point admissible (Code civ., art. 1355). Les faits sur lesquels doit porter l'enquête ne peuvent avoir trait qu'à la confection de l'écrit. Ainsi les témoins peuvent dire qu'ils reconnaissent l'écriture ou la signature, bien qu'ils n'aient pas vu écrire ou signer l'écrit en question (arr. de rej. du 25 juillet 1833); mais il

sera interdit de les interroger sur la convention même, indépendamment de l'écrit qui la constate. La mission du juge-commissaire pourra être délicate en cette occasion, la question de la sincérité de l'écrit se rattachant intimement à celle de la validité de la convention ; mais les principes généraux qui doivent le guider dans sa marche ne sont pas douteux.

587. Le troisième mode de vérification est l'expertise, c'est-à-dire la comparaison de l'écriture contestée avec d'autres écritures, émanées incontestablement du défendeur. Cette comparaison est faite par des experts, c'est-à-dire par des hommes ayant des connaissances spéciales sur les écritures.

588. Nous n'avons pas à revenir ici sur les améliorations générales introduites par le droit moderne en matière d'expertise, et dont le Code de procédure (art. 196 et 210) fait l'application à la vérification des écrits : la nomination d'office de trois experts, quand les parties ne sont pas d'accord ; la rédaction d'un seul procès-verbal, à la majorité des voix ; enfin l'indication des avis divers, s'il y a lieu, sans qu'il soit permis de faire connaître l'avis personnel de chaque expert. Occupons-nous de ce qui est spécial aux vérifications d'écritures.

589. Le jugement interlocutoire qui admet la vérification désigne le juge-commissaire devant lequel il sera procédé, et ordonne le dépôt de la pièce, qui doit être signée et paraphée du demandeur ou de son avoué, et du greffier, afin que l'identité n'en puisse être douteuse. Le procès-verbal qui constate l'état de la pièce n'est pas dressé, comme en matière de faux, contradictoirement avec le défendeur, ni par le juge-commissaire. Il est simplement rédigé par le greffier, en présence du demandeur, sans que l'adversaire doive être appelé (*ib.*, art. 196). Mais si, sur une sommation à lui faite, celui-ci consent à venir

parapher la pièce, il y aura économie de temps et de frais, puisqu'on évitera la nécessité de signifier le procès-verbal de dépôt au greffe, et de faire dresser par le greffier un second procès-verbal, constatant que, dans les trois jours du dépôt de la pièce, le défendeur est venu en prendre communication au greffe (*ib.*, art. 198). Il suffit du reste que le défendeur ait été mis en demeure de prendre communication, puisque cette mesure est toute dans son intérêt. Sa négligence ne saurait entraver la marche de la procédure.

590. Le procès-verbal ainsi dressé et communiqué au défendeur, la base de l'expertise se trouve établie. Mais l'appréciation à laquelle doivent se livrer les experts est toute relative. Il s'agit de comparer l'écriture en litige avec d'autres écritures incontestablement émanées du défendeur, qu'on nomme, dans la pratique judiciaire, *pièces de comparaison*. Le juge-commissaire fixe un jour, afin que les parties comparaissent devant lui pour s'entendre sur ces pièces. Si le demandeur fait défaut, la pièce est rejetée ; le défaut de l'autre partie permet seulement au tribunal de tenir la pièce pour reconnue (*ib.*, art. 199). Le défaut du demandeur devait avoir des conséquences plus graves, puisqu'il implique de sa part une sorte de rétractation. Les juges prononcent dans les deux cas, sur le rapport du juge-commissaire, à la première audience qui suit le jour indiqué.

Si les parties s'accordent sur les pièces de comparaison, les opérations des experts peuvent commencer immédiatement. Au cas contraire, les pièces sont reçues par le *juge* (*ib.*, art. 200), c'est-à-dire par le tribunal. En effet, la rédaction de ce titre ayant été modifiée d'après les observations du tribunat, on a eu soin d'y employer l'expression de *juge-commissaire*, toutes les fois qu'en effet la mesure concerne ce juge, en réservant la dénomination de

juge au tribunal tout entier. D'ailleurs l'article 236 du Code de procédure, après avoir renvoyé à l'article 200, pour l'expertise en matière de faux, parle du *jugement* par lequel les pièces ont été reçues. Enfin la décision sur l'admissibilité des pièces est loin d'être purement réglementaire; elle préjuge évidemment le fond, et doit dès lors offrir aux parties les garanties d'un jugement interlocutoire (voir un arrêt de la cour de Bourges du 26 juillet 1832).

591. Dès le temps de Justinien, on a senti la nécessité de déterminer les écrits qu'il serait loisible au juge d'admettre comme pièces de comparaison. Cet empereur (l. 20, Cod., *de fid. inst.*) ne permet d'admettre à ce titre que les actes publics, ou les actes privés rédigés en présence de trois témoins. Plus tard, dans la novelle 49, chapitre II, il considéra comme actes publics les actes privés déposés dans les archives, et autorisa l'admission d'écrits privés dressés en présence de moins de trois témoins, lorsque l'adversaire les avait lui-même employés. Chez nous, on admet comme pièces ayant un caractère authentique (Code de proc., art. 200) :

« 1° Les signatures apposées aux actes par-devant notaires, » ou celles apposées aux actes judiciaires en présence du » juge et du greffier, ou enfin les pièces écrites et signées » par celui dont il s'agit de comparer l'écriture, en qualité » de juge, greffier, notaire, avoué, huissier, ou comme faisant, à tout autre titre, fonction de personne publique;

» 2° Les écritures et signatures privées, reconnues par » celui à qui est attribuée la pièce à vérifier, mais non celles » déniées ou non reconnues par lui, encore qu'elles eussent » été précédemment vérifiées et reconnues être de lui.

» Si la dénégation ou méconnaissance ne porte que sur » partie de la pièce à vérifier, le juge peut ordonner que le » surplus de ladite pièce servira de pièce de comparaison. »

Les auteurs qui refusent l'authenticité au procès-verbal de conciliation, ne veulent pas qu'on puisse employer comme pièces de comparaison les signatures qui y sont apposées. Mais nous avons reconnu que ce procès-verbal a tous les caractères de l'authenticité, caractères indépendants de la force exécutoire, qui lui est seule refusée. Les signatures données en bureau de conciliation seront donc parfaitement admissibles. Quant aux écrits privés, notre législation est moins large que celle de Justinien, en ce qu'elle ne fait plus figurer au rang des écritures publiques les actes privés signés par trois témoins; elle est plus large, en ce qu'elle admet toute pièce reconnue par l'adversaire, tandis qu'à Constantinople il eût fallu qu'il produisît la pièce, pour être non-recevable à la rejeter. Mais la loi confesse bien manifestement l'incertitude de l'art des experts, puisqu'elle ne permet pas d'admettre comme pièces de comparaison les écrits par eux vérifiés. L'aveu tacite, qui résulte de l'absence de dénégation, n'est pas non plus assez formel pour qu'on puisse en induire avec certitude la sincérité de la pièce. Les écritures émanées de l'adversaire doivent du reste avoir été produites par l'action du même organe qui aurait servi à tracer les caractères de l'écriture méconnue. C'est ainsi qu'un arrêt du parlement de Dijon du 10 février 1735 jugea qu'on ne pouvait fournir des pièces écrites de la main droite, pour pièces de comparaison d'une écriture de la même personne que l'on disait tracée de la main gauche, parce que cette personne, blessée à la main droite, s'était accoutumée à écrire de la gauche.

592. Lorsque les pièces de comparaison seront à la disposition du demandeur, il n'y aura pas de difficulté pour en opérer le dépôt. Quand elles seront entre les mains de dépositaires publics ou privés, le juge-commissaire en ordonnera l'apport au jour désigné pour la

vérification. La contrainte par corps peut même être employée contre les récalcitrants; mais le tribunal a toujours la faculté d'adresser une commission rogatoire au juge du lieu, si le dépositaire est trop éloigné (*ib.*, art. 201 et 202).

Toutefois les dépositaires privés ne doivent pas souffrir de l'obligation qui leur est imposée dans un intérêt particulier. Si donc la production de la pièce entraîne pour eux quelque préjudice, par exemple, le payement d'un double droit d'enregistrement pour contravention aux lois fiscales, le demandeur sera obligé de les en indemniser. Il faut même décider avec Justinien (l. 22, Cod., de *fid. instr.*), et avec Pothier (*Proc. civ.*, 1[re] part. ch. III, sect. II, art. 2), que, si la production de l'écrit devait occasionner pour les tiers un dommage irréparable, comme s'il devait en résulter la divulgation d'un secret, ils pourraient être dispensés de représenter la pièce. Le défendeur lui-même ne saurait refuser de remettre la pièce qu'il aurait à sa disposition, en invoquant le vieil adage : *nemo tenetur edere contra se.* Cet adage s'entend de la production des titres qui nous sont défavorables sous le rapport moral, mais non de la production matérielle de pièces qui doivent seulement servir de points de comparaison; sauf toutefois la même exception que nous venons de faire pour les tiers.

593. Aux lieu, jour et heure indiqués par le juge-commissaire pour la prestation de serment des experts, la partie la plus diligente fait sommer par exploit les experts et les dépositaires, s'il y a lieu, de se trouver réunis. L'autre partie doit se trouver également avertie, mais par un acte d'avoué à avoué. Les experts reçoivent d'abord l'investiture de leurs fonctions par la prestation de serment. Les dépositaires représentent les pièces de comparaison. A défaut, ou en cas d'insuffisance de ces

pièces, le juge-commissaire peut ordonner qu'il sera fait un corps d'écriture dicté par les experts, le demandeur présent ou appelé. Si le défendeur s'y refuse, le juge-commissaire doit dénoncer son refus au tribunal, qui pourra tenir la pièce pour reconnue (arg. de l'art. 199, *ib.*). Enfin, tous les préliminaires exigés par la loi se trouvant accomplis, il importe que les experts puissent travailler dans le recueillement à l'œuvre importante qui leur est confiée. Les parties doivent donc se retirer, après avoir fait, sur le procès-verbal du juge-commissaire, telles réquisitions et observations qu'elles jugent convenables (*ib.*, art. 204-207).

594. C'est alors que les experts commencent leurs opérations en présence, soit du juge-commissaire et du greffier, soit du greffier seulement, suivant ce que le juge-commissaire aura ordonné (*ib.*, art. 208). Les règles d'après lesquelles ils doivent se guider dans la mission difficile dont ils sont chargés, et en matière de vérification d'écritures, et en matière de faux, reposent entièrement sur l'expérience pratique. Le meilleur ouvrage qui existât dans l'ancienne jurisprudence sur ce sujet, est le traité de Raveneau, écrivain juré du parlement de Paris, sur *les inscriptions de faux et la reconnaissance des écritures*, qui fut supprimé par un arrêt du même parlement du 10 février 1670, parce qu'en donnant des principes pour découvrir le faux, il enseignait en même temps les moyens de le commettre. Les principaux points sur lesquels doit se porter l'attention des experts, ont été exposés de nos jours dans un opuscule assez lucide de M. Lévêque (*Vérification des écritures*, Agen, 1840), qui paraît pratiquer avec zèle et conscience cet art difficile.

Aujourd'hui que la chimie a fait tant de progrès, et que la coupable industrie des faussaires a mis ces progrès à profit, les experts ne devraient plus être versés seule-

ment dans la connaissance des écritures, mais exercés dans la pratique des manipulations de nature à permettre de saisir les diverses altérations, qu'on a pu faire subir au papier ou aux caractères tracés. Il est donc fâcheux qu'on soit obligé de recourir tous les jours, pour les expertises, à de simples maîtres d'écriture faute de personnes réunissant à un degré suffisant les deux genres de connaissances requis dans cette matière. Peut-être conviendrait-il dès lors de faire de l'expertise une profession à part, à laquelle on n'arriverait qu'après avoir justifié de sa capacité. Puisqu'on a jugé nécessaire de créer des officiers spéciaux pour apprécier la valeur des meubles, doit-on s'entourer de moins de précautions lorsqu'il s'agit d'une appréciation bien autrement grave, de celle de la vérité des écritures? On pourrait ainsi rendre moins fréquentes les erreurs qu'ont si souvent présentées les rapports des experts, depuis le célèbre rapport des experts d'Arménie, détruit par la déclaration formelle des parties, qui donna lieu à la Novelle 73, jusqu'au procès tout récent de la Roncière, où la méprise des maîtres écrivains a été si clairement signalée.

595. Le rapport est annexé à la minute du procès-verbal du juge-commissaire ; on a jugé inutile de les obliger, comme jadis, à affirmer que le rapport contient leur véritable décision, prise en leur âme et conscience, puisqu'ils ont déjà prêté serment (*ib.*, art. 209). La partie la plus diligente signifie le tout à la partie adverse, et l'audience est poursuivie sur un simple acte.

§ 3. Jugement définitif.

596. Ce n'est qu'avec une extrême précaution que les juges doivent s'attacher aux conclusions de l'expertise. Indépendamment de la preuve par titres, qui est la meil-

leure de toutes, la preuve testimoniale doit être préférée aux conjectures des experts, quelque instruits qu'ils puissent être. Le témoignage en effet atteste ici directement le fait en question, tandis que la comparaison des écritures ne repose que sur une vraisemblance, sur un calcul de probabilités. *Scriptura ex qua fit comparatio*, dit Balde, *nihil aliud est nisi argumentum a simili et verisimili*. Aussi Justinien avait-il voulu qu'on appelât des témoins aux actes sous seing privé, *ut non in sola scriptura et ejus examinatione pendeamus, sed sit judicantibus etiam testium solatium* (Nov. 73, ch. I). Nous avons vu que cette marche est encore suivie aujourd'hui en Angleterre. Dans le conflit de la preuve testimoniale et de l'expertise, Justinien veut que les témoins l'emportent (*ib.*, ch. III). Notre ancienne jurisprudence a rendu de nombreux arrêts dans ce sens. Maintenant les juges sont parfaitement libres d'accorder telle foi que de raison au rapport des experts, et ils doivent surtout s'en écarter, lorsqu'il est combattu par des témoignages positifs. Il leur est même permis, après l'expertise consommée, d'ordonner une enquête, ou même une prestation de serment (arr. de la cour de cassat. du 19 décembre 1827). Le discours du tribun Perrin exprime bien nettement en cette matière l'intention formelle de proscrire toute espèce de preuve conçue *a priori* : « Lors-
« que le législateur admet trois genres de preuves, il
» écarte ces subtilités de droit par lesquelles on préten-
» dait pouvoir mesurer l'influence de chacun sur la con-
» viction du magistrat, et assujettir sa conscience à la
» précision du calcul géométrique ; sources éternelles de
» débats et de raisonnements métaphysiques, qui tous
» viennent échouer contre la variété infinie des circon-
» stances, les nuances imperceptibles du langage des ex-
» perts et des témoins ; et qui n'avaient d'autre utilité
» que de jeter de l'incertitude dans la jurisprudence et

» d'enfanter des sophismes en faveur de la mauvaise foi.
» Le projet environne le magistrat de tout ce qui peut
» le diriger; il en épure la source, et il laisse à sa con-
» science éclairée par la réflexion et le recueillement, à
» prononcer sur les résultats. » Toutefois, les sages préceptes de Justinien et de nos anciens auteurs ont conservé l'autorité de la raison et de l'expérience; et, toutes choses égales, on doit admettre l'infériorité de la preuve par experts.

597. L'hypothèque judiciaire qui résulte des décisions favorables au demandeur, en matière de vérification d'écritures (Code civ., art. 2123), n'a rien d'extraordinaire, lorsque la créance était déjà échue. Il en est autrement, quand la vérification est demandée avant l'échéance. Il étaitalors extrêmement bizarre que le créancier pût prendre immédiatement inscription en vertu du jugement, et se procurer ainsi, au moyen d'un simple billet, une hypothèque générale, que le débiteur n'avait jamais eu l'intention de lui accorder. La loi du 3 septembre 1807 a fait cesser cet abus, en ordonnant qu'il ne fût pris aucune inscription hypothécaire, en vertu d'un pareil jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation après l'échéance.

De plus, d'après l'article 193 du Code de procédure, le demandeur devait supporter sans distinction tous les frais, dans le cas où le défendeur ne déniait pas sa signature. Mais l'article 2 de la loi de 1807 distingue entre les frais de jugement et ceux d'enregistrement. Les premiers demeurent à la charge du créancier, toutes les fois que le débiteur ne dénie pas sa signature; l'événement a prouvé que la précaution du créancier était superflue, et peu importe sous ce rapport que le payement n'ait pas eu lieu à l'échéance. Il n'en est pas de même, en ce qui touche les frais d'enregistrement. Dès que le débiteur n'a pas payé à l'époque indiquée, le créancier a dû produire

l'acte en justice, et, par conséquent, le faire enregistrer. C'est à l'adversaire à supporter les frais d'une mesure, qu'il a rendue par le fait indispensable.

598. Celui qui dénie mal à propos sa signature est condamné à cent cinquante francs d'amende, outre les dommages-intérêts et les dépens. Cette amende est fort ancienne dans notre droit. On la retrouve, en tenant compte de la différence de valeur du numéraire, dans Beaumanoir (chap. 35, § 4). « Moult est vilaine coze de » nier son seel, et por ce en est le paine grans de celi qui » en est atains, car il en est renommés de triquerie, et » l'amende en est au souvrain de soissante livres. » De plus, la mauvaise foi du demandeur amène un redoublement de rigueur contre lui, dans l'exécution des diverses condamnations qu'il encourt. La loi le déclare, pour toutes ces condamnations, contraignable par corps (Code de procédure, art. 213).

Cette amende n'est pas comminatoire, elle doit être prononcée dans tous les cas, dès qu'il y a eu dénégation. Peu importe que celui qui a dénié sa signature ne l'ait fait que pour gagner du temps, et se soit ensuite rétracté. Un arrêt de la cour de Toulouse, qui avait fait remise de l'amende dans cette espèce, a été cassé le 5 janvier 1820.

§ 4. Inscription de faux quant aux écrits privés.

599. Si la partie à qui on oppose une écriture privée, peut simplement la dénier ou la méconnaître, en laissant la vérification à la charge de l'adversaire, c'est là une faculté introduite en sa faveur, dont il lui est libre de se départir. Elle peut donc, si elle le juge convenable, procéder comme s'il s'agissait d'un acte authentique, et prendre la voie de l'inscription de faux, qui, dans l'ancien comme dans le nouveau droit, s'applique à toute na-

ture d'écrits (ord. de 1737, tit. II, art. 1er; Code de proc., art. 214). Mais il arrivera rarement, à moins qu'on ne veuille rechercher les traces du faux, afin de préparer les éléments d'une procédure criminelle, qu'on échange ainsi volontairement le rôle de défendeur contre celui de demandeur, dans une procédure pénible et compliquée.

600. Toutefois l'inscription de faux peut être nécessaire pour faire tomber la foi d'un écrit privé : c'est lorsqu'il a été vérifié en justice. La loi, qui n'a pas voulu admettre au nombre des pièces de comparaison les écrits dont la sincérité n'est établie que par la voie suspecte de la vérification d'écritures, a dû, pour être conséquente, permettre aux intéressés de s'inscrire en faux contre ces mêmes écrits. Un arrêt du parlement de Paris du 12 juin 1691 reçut en effet l'inscription, malgré plusieurs vérifications faites antérieurement de la pièce en litige. « Et ne » serait-ce pas encourager le crime, » dit l'orateur du tribunat, « si une simple vérification, dirigée par le coupable lui-même, pouvait lui assurer l'impunité? » Il est vrai que le ministère public ne serait pas désarmé. Mais les indices du faux n'apparaissent souvent avec évidence qu'à la suite des poursuites civiles.

« Celui qui prétend, » dit l'article 214 du Code de procédure, « qu'une pièce signifiée, communiquée ou produite est fausse ou falsifiée, peut, s'il y échet, être reçu à s'inscrire en faux, encore que ladite pièce ait été vérifiée, soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident, et qu'en conséquence il soit intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce comme véritable. »

601. Cet article n'est que la reproduction des articles 1 et 2 du titre de l'ordonnance de 1737 sur le faux incident. Il faut donc l'interpréter, comme on interprétait cette or-

donnance. Dès lors il ne faut pas donner une portée exagérée à la restriction indiquée par ces expressions : *à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident* ; et s'imaginer que le jugement rendu sur cette poursuite aurait l'autorité de la chose jugée contre les tiers, s'il avait déclaré la pièce véritable. Les commentateurs de l'ordonnance (voir Serpillon, sur l'art. 2 de l'ord. de 1737, tit. 2) ne voient dans ces expressions que l'application de la maxime *non bis in idem* ; c'est-à-dire la défense de s'inscrire en faux pour la partie qui a déjà succombé dans une procédure de faux sur la même pièce. Rien n'indique que les rédacteurs du Code de procédure, en reproduisant les mêmes termes, aient eu l'intention d'innover. Les droits des tiers demeureront donc intacts. Si le faux n'a été instruit que civilement, la chose jugée ne pourra avoir effet qu'entre ceux qui ont été parties dans l'instance. S'il y a eu des poursuites criminelles, elles pourront sans doute, comme nous le verrons en traitant de la chose jugée, avoir de l'influence sur les droits des tiers ; mais cette influence sera celle que peuvent toujours exercer les jugements criminels sur les intérêts civils. Il y a loin de là à l'autorité absolue qu'une interprétation littérale attribuerait à toute décision civile ou criminelle, qui aurait déclaré véritable une pièce arguée de faux.

602. La procédure de faux sera du reste absolument la même, quand il s'agira d'un écrit sous seing privé, que s'il était question d'un acte authentique.

DEUXIÈME SECTION.

ÉCRITURES NON SIGNÉES.

603. Un acte sous seing privé, nous l'avons dit, n'est-en général valable, d'après nos lois, qu'autant qu'il est revêtu de la signature de la partie qui s'oblige. Néanmoins les écritures non signées peuvent, dans certaines circonstances, faire foi contre celui qui en est l'auteur, mais jamais en sa faveur (Code civ., art. 1331). *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur qua unusquisque adnotatione propria debitorem sibi constituit* (Gord., l. 7, Cod., *de probat.*). Il y avait exception à Rome pour les *nomina transcriptitia*, d'où naissait l'obligation littérale, et il y a encore exception chez nous pour les registres des marchands, dont nous parlerons en traitant de la preuve préconstituée au profit du demandeur.

604. Les écritures privées non signées, qui se trouvent sur simples feuilles volantes, ne font pas foi contre celui qui les a souscrites. Ce sont de simples notes, qui peuvent tout au plus servir, suivant les circonstances, de commencement de preuve par écrit. Pour qu'un écrit non signé fasse pleine foi, il faut, ou bien qu'il se trouve sur des registres, des tablettes, etc., qui soient destinés à être conservés ; ou bien qu'il se rattache à un titre en règle, dont il tende à modifier ou à détruire les effets.

605. Parlons d'abord des écritures qui se trouvent sur les registres des particuliers. Rédigées par le débiteur

seul, qui veut se rendre compte de ses affaires, mais qui n'était astreint à aucune forme, à aucun ordre régulier, elles ne peuvent habituellement qu'être tout au plus un commencement de preuve par écrit. Boiceau (part. II, ch. VIII, n° 14) leur accorde néanmoins foi entière, lorsqu'elles énoncent un payement reçu. Cette première exception, reproduite par le Code civil (art. 1331), se justifie soit par la faveur de la libération, soit par l'extrême vraisemblance en fait de la réalité du payement, qu'il n'est guère d'usage d'inscrire avant qu'il ait eu lieu. Une seconde exception, que les rédacteurs du Code ont empruntée à Pothier (*Oblig.* n° 259), existe dans le cas où le registre contient la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel l'obligation est contractée ; comme s'il était dit que le créancier n'a pas voulu recevoir de billet. La mention, en ce cas, n'étant plus simplement pour le débiteur un moyen de se reconnaître dans ses comptes, mais devant tenir lieu de titre au créancier, il est à supposer qu'on prendra soin de la rayer, lorsque l'obligation sera éteinte. Dans l'espèce précédente, au contraire, la radiation faite après coup de la mention du payement sur le registre ne pourrait en général détruire la preuve qui résultait de cette mention. Le débiteur ne peut anéantir à sa volonté la preuve acquise à son créancier, à moins qu'il ne justifie d'une erreur de sa part.

Mais jamais le registre ne peut faire foi en faveur de celui qui le tient. Vainement prétendrait-il que le titre est indivisible, et que la même mention qui constate l'extinction de la créance constate une dette contractée en sa faveur par son ancien créancier ; les deux mentions peuvent parfaitement s'isoler (arr. de cass. du 16 décembre 1833).

606. Si la note par laquelle je me reconnais débiteur

d'un tiers, est signée, cette signature équivaut, selon Boiceau et selon Pothier (*loc. cit.*), à la mention expresse que les parties ont voulu suppléer au défaut de titre. L'opinion de ces auteurs, quelque raisonnable qu'elle soit, n'ayant pas été reproduite par le Code civil, les juges peuvent, suivant les circonstances, voir dans la note signée une preuve complète, ou un commencement de preuve par écrit.

607. Les dispositions de nos lois sur la foi des registres domestiques supposent évidemment que l'une des parties peut contraindre l'autre à exhiber ses registres. Mais on ne peut, comme en matière commerciale (Code de comm., art 15 et 17), ordonner, sans connaissance de cause, la communication des registres de l'adversaire, puisque les particuliers ne sont pas obligés d'en tenir. L'absence de communication ne pourrait par elle seule autoriser le juge à déférer le serment au demandeur. Seulement, si l'existence de pareils livres est établie en fait, ce qui arrivera le plus souvent à la suite d'inventaires, le juge aura un pouvoir discrétionnaire pour en ordonner la production.

608. L'écriture non signée peut se rattacher à un titre préexistant. Alors elle peut tendre, soit à prouver l'extinction de la créance constatée par ce titre, soit, au contraire, à établir une créance additionnelle. Le premier de ces cas est le seul qui ait été prévu par nos lois.

609. La rédaction obscure et inexacte de l'article 1332 du Code civil doit être rectifiée à l'aide de la doctrine de Pothier (n° 761), que le législateur a voulu reproduire, bien que l'expression ait plus d'une fois trahi sa pensée. Suivant ce jurisconsulte, lorsque les écritures non signées, tendant à la libération, sont mises à la suite, en marge ou au dos d'un écrit signé, il faut distinguer si l'acte n'a jamais cessé d'être en la possession du créan-

cier, ou s'il est en la possession du débiteur. Dans le premier cas, l'écriture tendant à la libération fait foi, de quelque main qu'elle ait été écrite, fût-ce même de celle du débiteur, parce qu'il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet, s'il n'y avait pas eu en effet payement. Dans le second cas, l'écriture ne fait foi que si elle est de la main du créancier ; il ne doit pas être au pouvoir du débiteur de se libérer, en faisant écrire le reçu par un tiers. Le projet de code, gardant le silence sur le second cas, s'exprimait ainsi : « L'écriture sous seing privé mise à la suite, en » marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en la » possession du créancier, quoique non signée ni datée par » celui-ci, fait foi, lorsqu'elle tend à établir la libération » du débiteur. »

Malheureusement, dans la rédaction qui fut arrêtée au conseil d'État, on ajouta, sans s'en rendre compte, les mots (mise) *par le créancier*, qui, utiles, comme nous le verrons, dans la seconde partie de l'article 1332, constituent un véritable non-sens dans la première. Car, dès que l'écriture était de la main du créancier, il était parfaitement inutile d'exiger que le titre fût toujours resté en sa possession. Cette circonstance n'est utile à constater que lorsque l'écriture émane d'un tiers. Aucun auteur n'hésite à regarder comme non avenue l'addition de ces mots, *par le créancier*, dont l'insertion ne peut être considérée que comme un *lapsus* de la part des rédacteurs.

610. La seconde partie de l'article 1332 est encore plus mal rédigée. Le projet portait :

« Il en est de même de l'écriture mise au dos, ou en » marge, ou à la suite d'un double d'un titre ou d'une quit- » tance qui est entre les mains du débiteur. »

Cette rédaction était incomplète, en ce qu'elle n'exigeait pas que l'écriture eût été mise par le créancier lui-même

à la suite du double, quand ce double se trouvait entre les mains du débiteur : ce qui eût prêté à la fraude. Aussi la modifia-t-on au conseil d'État, en y ajoutant les mots *par le créancier*. Mais cette modification fut faite elle-même avec peu d'intelligence, puisqu'on fit mal à propos, ainsi que nous venons de le voir, la même addition au premier alinéa de l'article. Ce n'est pas tout encore : on perdit de vue le sens du second alinéa, qui, comme le premier, avait été puisé dans Pothier (n° 762). Cet auteur, supposant qu'en fait un double se trouve entre les mains du débiteur, par exemple, le double d'un titre de vente entre les mains de l'acheteur débiteur du prix, veut que le reçu non signé, écrit par le créancier à la suite de ce double, fasse foi contre lui. Mais, si Pothier supposait le double où se trouve le reçu entre les mains du débiteur, c'était pour exiger qu'alors l'écriture fût de la main du créancier, et non d'un tiers, ou du débiteur lui-même. Il n'entendait nullement refuser foi à l'écriture mise par le créancier à la suite d'un double qui se trouve entre ses mains. Et comment aurait-il pu le faire, sans se mettre en contradiction avec lui-même, puisqu'il admettait, comme le Code civil, que la mention sur un registre d'un payement reçu fait pleine foi contre l'auteur de cette mention? Ne doit-on pas être bien plus circonspect à écrire sur un titre, que sur des livres dont on ne doit généralement compte qu'à soi-même ? C'est pourtant ce qu'ont perdu de vue les auteurs de la rédaction définitive ainsi conçue :

« Il en est de même de l'écriture mise par le créancier » au dos, en marge ou à la suite du double d'un titre ou » d'une quittance, *pourvu que ce double soit entre les mains* » *du débiteur.* »

Tous les commentateurs s'accordent pour considérer encore comme involontaire ce changement fait sans discussion, et pour s'en tenir purement et simplement à la doctrine de Pothier.

Enfin, une erreur grammaticale, dans cette dernière partie de l'article 1322, est venue ajouter une nouvelle obscurité au texte. Pothier (*loc. cit.*) attribue également aux quittances non signées, écrites de la main du créancier à la suite de quittances signées, la faculté de faire foi. Telle était la pensée des rédacteurs du projet qui parlaient du double d'un titre, ou d'une quittance qui est entre les mains du débiteur. Ils voulaient poser, comme Pothier, deux espèces : 1° celle où l'écriture se rattache au double d'un titre ; 2° celle où l'écriture se rattache à une quittance unique précédente. Dans la rédaction définitive, on a l'air de supposer une quittance faite double, puisqu'on parle *du double d'un titre ou d'une quittance* en ajoutant, *pourvu que ce double*, etc. ; comme si le double s'appliquait également au titre et à la quittance. Mais cette dernière hypothèse est évidemment chimérique ; on ne fait jamais qu'une quittance simple, qui est remise au débiteur. Il faudrait donc lire dans l'article 1332 : pourvu que ce double *ou cette quittance* soit entre les mains du débiteur, si on devait prendre au sérieux la restriction qui termine cet article. Mais cette restriction provient évidemment d'une confusion, à raison de l'association d'idées qu'a éveillée dans l'esprit des rédacteurs le mot *quittance*. Ils ont songé, non à l'écriture mise à la suite d'une quittance, mais aux quittances signées elles-mêmes, données sur feuilles volantes, dont la foi est évidemment subordonnée à la circonstance qu'elles se trouvent entre les mains du débiteur ; car la quittance demeurée entre les mains du créancier n'est qu'un projet, et il faudrait en dire autant du *pour acquit* qu'il est d'usage d'écrire à l'avance sur les effets qu'on envoie toucher à l'échéance.

611. Résumons en deux mots nos critiques sur l'article 1332 du Code civil, en proposant la rédaction suivante, destinée à reproduire la véritable pensée du législateur :

L'écriture mise *par une personne quelconque* à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en la possession du créancier, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur.

Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, en marge ou à la suite *d'un titre*, du double d'un titre, ou d'une quittance, soit que *ce titre*, ce double, ou *cette quittance* se trouve *en la possession du créancier, ou bien en celle du débiteur.*

612. L'hypothèse où l'écriture non signée tendrait à établir un supplément de créance, n'est pas prévue par nos lois. Boiceau (part. II, ch. II, § 2) fait sur ce point une distinction fort raisonnable. Ou bien l'écriture ajoutée au billet après la signature est un développement de la précédente obligation, comme s'il est dit : Je m'engage de plus à servir tels intérêts, ou à rembourser à telle échéance; alors l'addition se confond avec la disposition principale. Ou bien, au contraire, l'addition est tout à fait indépendante de l'écrit signé, et alors le fait que cette addition n'a pas été signée également, doit la faire considérer comme un simple projet auquel on n'a pas donné suite. Reproduite littéralement par Pothier (n° 763), cette doctrine n'est sans doute pas obligatoire pour les juges dans le silence du Code; mais les décisions qui l'adopteraient ne pourraient être regardées comme illégales, puisque les actes sous seing privé n'ont rien de solennel, et que, si l'on doit exiger dans un testament olographe que tout soit terminé par la signature du testateur, il n'y a pas même raison de décider pour les autres écrits privés, qui ne sont assujettis à aucune forme déterminée.

613. Dans les divers cas que nous venons de parcourir, il est bien entendu que l'écriture, si elle est contestée, doit être vérifiée, puisqu'un écrit non vérifié, ni reconnu,

ne peut pas même servir de commencement de preuve. Et peu importe que la nature de la note rende difficile la preuve de son authenticité. De simples chiffres peuvent même, ainsi que l'a jugé autrefois un arrêt du conseil du 23 juin 1773, être vérifiés dans la forme ordinaire. La difficulté de la preuve ne saurait détruire le principe constant qui ne permet d'admettre aucun écrit dont la sincérité n'est pas reconnue.

TROISIÈME SECTION.

TAILLES.

614. Le mot *taille*, qui vient du latin *talea* (c'est-à-dire, suivant Ducange, *ramus incisus*), désigne un morceau de bois fendu en deux parties égales. L'une des moitiés, qui conserve le nom de *taille*, est gardée par le fournisseur; l'autre moitié, qui est remise au consommateur, reçoit le nom d'*échantillon*. Au moment de la fourniture, on rapproche la taille de l'échantillon, et on y fait des entailles transversales que l'on nomme *coches*. La taille et l'échantillon servent à se vérifier mutuellement, comme autrefois les chartes-parties.

Lorsque les deux moitiés sont représentées et se correspondent, les fournitures se trouvent constatées par l'aveu du consommateur, tout aussi bien que si cet aveu était consigné dans un acte authentique.

« Les tailles corrélatives à leurs échantillons, dit l'article 1333 du Code civil, font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail. »

615. Ce n'est pas là une preuve testimoniale, mais une sorte de preuve écrite. Aussi faut-il décider avec Boiceau (part. II, chap. IX, § 7), ce qui résulte du reste des termes généraux de la loi, que, même au-dessus du taux fixé pour l'admissibilité de la preuve testimoniale, c'est-à-dire, dans le droit actuel, au-dessus de cent cinquante francs, les tailles doivent faire foi entre les parties.

Faut-il en dire autant des tiers ? Boiceau nous rapporte (même ch. IX), que l'affirmative fut décidée de son temps, dans une espèce où un boucher, qui avait fourni des peaux à un tanneur, fut autorisé, non pas seulement à venir par contribution avec les autres créanciers, mais même à exercer la revendication de ces peaux, faute de payement du prix ; le tout, sur la foi de tailles corrélatives aux échantillons. Danty (addit. sur ce chap.) refuse au contraire toute foi aux tailles à l'égard des tiers ; et cette divergence d'opinion s'explique historiquement, les principes sur la certitude de la date n'étant pas encore parfaitement assis, dans le temps où Boiceau écrivait. Sa décision doit toutefois être admise dans l'espèce qu'il cite ; car il s'agissait des rapports d'un tanneur et d'un boucher, et il est constant que, dans les relations commerciales, on n'exige pas de date certaine, même à l'égard des tiers. De marchand à particulier, l'opinion de Danty doit être préférée, en tant du moins qu'il s'agit d'exercer un droit de revendication ou de privilége spécial. Mais le fournisseur serait incontestablement admis à venir par contribution, puisque, entre créanciers chirographaires, la question de date n'a aucune importance. C'est seulement lorsqu'on invoque une préférence spéciale, qu'il n'est pas permis de se prévaloir d'un titre qui a pu n'être fabriqué qu'après coup. Tel paraît être le vœu de la loi, lorsqu'elle n'accorde foi entière aux tailles *qu'entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi certaines fournitures.* Il n'est pas du reste impossible que l'échantillon ait acquis une sorte de date certaine. C'est ce qui arriverait au cas où il aurait été mis sous scellé après déconfiture ou décès, et où l'existence en aurait été constatée par l'inventaire.

616. Si la partie que le fournisseur attaque en exhibant la taille, ne représente pas l'échantillon, ou bien elle allègue l'avoir perdu, ou bien elle prétend qu'il n'y

a jamais eu de fourniture ainsi constatée. Dans la première hypothèse, elle est en faute, elle devait se procurer une nouvelle taille; la moitié qui est entre les mains du fournisseur fera foi, en l'absence de l'échantillon, à moins qu'on ne prouve qu'il y a fraude de sa part. C'est en ce sens que la coutume de Tournay (*de l'Ampliation*, art. 14) décidait, dans l'espèce, que la taille exhibée par le demandeur serait *tenue pour vérifiée*. Dans la seconde hypothèse, lorsque le consommateur nie qu'il y ait jamais eu d'échantillon entre ses mains, la taille peut tout au plus être considérée comme équivalant à l'écriture insérée par le marchand sur ses livres, de manière à permettre au juge de déférer le serment supplétoire au fournisseur ou à son adversaire.

QUATRIÈME SECTION.

FOI DES ÉCRITS PRIVÉS EN MATIÈRE CRIMINELLE.

617. Les écrits privés peuvent jouer un rôle important dans une procédure criminelle, soit que le corps même du délit consiste dans un écrit, soit que l'écrit soit simplement invoqué, comme preuve d'un délit d'une nature quelconque.

618. Dans la première hypothèse, s'il s'agit, par exemple, de faux, de correspondance contre la sûreté de l'État (Code pén., art. 76 et suiv.), de menaces faites par écrit (*ib.*, art. 305), la question de la sincérité de l'écrit est capitale, puisqu'en dehors de l'écrit, il n'y a plus de procès. Alors, si l'écriture est déniée, la vérification est d'une extrême gravité. Ici l'art conjectural des experts ne doit être consulté qu'avec beaucoup de défiance, et l'on doit toujours préférer à leur rapport la preuve testimoniale, lorsqu'il est possible de se la procurer. De nombreux exemples, puisés dans notre ancienne jurisprudence, témoignent du danger qu'il y a à s'en rapporter aux maîtres écrivains. Dans trois affaires presque identiques, celles des chanoines de Beauvais, du vicaire de Jouarre, et du curé d'Orléans (voir le *Répert.* au mot *Comparaison d'écritures*), de vénérables ecclésiastiques furent accusés d'avoir écrit des lettres anonymes injurieuses; dans chacune de ces espèces, quatre experts déclarèrent unanimement que les lettres étaient de la main des accusés, et cependant l'innocence de ces derniers finit par être clai-

rement établie, le véritable auteur des lettres ayant été découvert.

Bien que ces faits soient postérieurs à la rédaction de l'ordonnance criminelle de 1670, l'expérience avait fait reconnaître dès lors tout le danger de l'expertise. Un traité de Levayer sur la comparaison d'écritures [1], rédigé à l'occasion du procès de Fouquet, avait fait ressortir avec énergie tout ce qu'il y a d'arbitraire dans ce mode de vérification, surtout appliqué aux matières criminelles. *Comparatio facit duntaxat fumum*, telle était sa conclusion. Aussi avait-on proposé d'insérer dans le titre VIII de l'ordonnance de 1670, un article ainsi conçu : « Sur » la seule déposition des experts et sans autres preuves, » adminicules ou présomptions, ne pourra intervenir » aucune condamnation de peine afflictive ou diffamante. » Mais l'avocat général Talon fit sentir combien serait dangereuse une disposition de cette nature, qui tendrait souvent à détruire la seule preuve que le juge puisse se procurer d'après la nature du fait. Sur ses observations, appuyées par le président Lamoignon, l'article fut retranché. Aujourd'hui le Code d'instruction criminelle ne fait allusion à la comparaison d'écritures qu'en matière de faux; mais il n'est pas douteux qu'on ne doive employer la même voie, toutes les fois qu'il s'agit de vérifier un écrit. Sans doute les précédents de l'ancien droit et ceux du droit moderne (voir notamment l'affaire La Roncière) doivent rendre les jurés et les juges très-circonspects à condamner sur un simple rapport d'écrivains; mais il faut reconnaître que, dans beaucoup de cas, les conclusions des experts se sont trouvées exactes, et qu'il serait fort dangereux de les rejeter d'une manière absolue.

[1] On le trouve à la fin du traité de la Preuve par témoins, par Boiceau, édition de Danty.

619. Il faut remarquer qu'au cas même où l'écrit émane positivement de l'accusé, cet écrit n'emporte pas preuve légale, comme en matière civile. L'élément matériel du délit se trouve établi ; mais on peut justifier que l'élément moral n'existe pas. Ainsi la cour de cassation a refusé, avec raison, de voir un faux (arr. du 15 floréal an XII) dans le fait d'un médecin qui avait signé une consultation du nom de son confrère, lequel avait vu le malade et avouait la consultation.

620. Quand les écrits invoqués ne constituent pas le délit, mais seulement des documents de nature à l'établir, la vérification d'écritures offre en général moins d'intérêt, et il est inutile de se lancer dans les embarras et les lenteurs d'une expertise, si on a des preuves plus directes dans la déposition des témoins. Quelquefois cependant les écrits sont d'une haute importance. Ainsi la correspondance, en matière d'adultère, est le seul moyen admissible, en l'absence du flagrant délit (Code pén., art. 338). Lorsque des papiers ont été saisis au domicile du prévenu, il lui devient plus difficile d'en nier la sincérité. Aussi la loi veut-elle qu'on s'assure le plus tôt possible de ces pièces, et qu'on en constate avec soin l'identité. Dans les cas réputés flagrant délit[1], le procureur du roi ou ses officiers de police auxiliaires (Code d'inst. crim., art. 36 et suiv.), et dans tous les cas, le juge d'instruction (*ib.*, art. 87 et suiv.), doivent se transporter au domicile du prévenu et y opérer la perquisition de tous les papiers jugés utiles à la manifestation de la vérité. On les présente au prévenu à l'effet de les reconnaître et de les parapher ; au cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal. Ils

[1] Si toutefois il s'agit d'un crime, aux termes de l'article 32 du Code d'instruction; mais nous avons déjà fait observer (page 52, note 2), que la jurisprudence étend aux délits proprement dits les attributions du procureur du roi.

sont ensuite clos et cachetés. Plus tard, ils figurent parmi les pièces de conviction qu'on représente à l'accusé.

621. Les perquisitions faites en cas de flagrant délit par le procureur du roi ou par ses auxiliaires, ne peuvent avoir lieu qu'au domicile du prévenu ou de ses complices présumés. Le juge d'instruction, au contraire, peut se transporter dans tout autre lieu, s'il présume qu'on y a caché des pièces de conviction (*ib.*, art. 88). Toutefois il est clair que, si, au moment où une visite domiciliaire va s'opérer, les papiers suspects étaient frauduleusement confiés à des tiers, tout officier ayant qualité pour verbaliser au cas de flagrant délit, serait autorisé à faire une perquisition au domicile de ces tiers. Le pouvoir qu'on a entendu réserver au juge d'instruction, c'est celui d'opérer des recherches chez des tiers contre lesquels il ne s'élèverait qu'un simple soupçon.

Le juge d'instruction a le droit de saisir même les lettres adressées au prévenu, et de les décacheter pour en prendre connaissance, ainsi que l'a jugé la cour de Paris, le 30 janvier 1836. On ne pourrait poursuivre comme violateur du secret des lettres (Code pén., art. 137) le fonctionnaire qu'une nécessité d'ordre public oblige à prendre cette grave mesure.

622. Les écritures ainsi saisies ne sont pas, en général, des preuves préconstituées, mais ce que Bentham appelle des *écritures casuelles*, c'est-à-dire, des registres ou des notes, qui n'étaient pas destinés à être publiés. On trouve dans le publiciste anglais (*Preuv. jud.*, liv. VI, chap. III) de bonnes observations de détail sur les circonstances qui peuvent militer pour ou contre l'autorité des écritures de cette espèce, qui ne sont qu'une des formes de l'aveu extra-judiciaire. Notre ancienne pratique criminelle a souvent abusé de ce mode de preuve, en matière politique. On sait que Laubardemont se vantait de perdre un

accusé, *pourvu qu'on lui donnât six lignes de son écriture.*

623. Les actes sous seing privé proprement dits ne se présentent guère en matière criminelle que lorsqu'il s'agit d'une preuve préjudicielle, de la constatation, par exemple, d'un mandat, d'un dépôt, dont on allègue la violation. Nous avons reconnu (n° 150) qu'en thèse générale, la juridiction criminelle demeure compétente pour statuer sur des questions de cette nature, mais que l'exclusion de la preuve testimoniale s'applique au criminel, de la même manière qu'au civil.

TROISIÈME MODE DE PREUVE ÉCRITE.

DÉCLARATION DU DEMANDEUR. — LIVRES DES MARCHANDS.

624. Nos commerçants, comme autrefois les *argentarii* à Rome, sont astreints à tenir des registres réguliers, où ils inscrivent jour par jour leurs opérations. Ces écritures, étant destinées à être produites en justice, s'il y a lieu, peuvent faire foi, non-seulement contre le marchand qui les a rédigées, mais même en sa faveur ; ce qui n'est jamais admis pour les papiers domestiques.

625. Pour empêcher l'altération de ces livres, la loi prescrit les mêmes formalités (Code de comm., art. 10 et suiv.) qui sont établies pour les registres publics. Elle veut qu'ils soient cotés, paraphés et visés, soit par un membre du tribunal de commerce, soit par le maire ou adjoint de la commune. Le Code de commerce ajoute : *sans frais;* ce qui a toujours été vrai en ce sens qu'on n'alloue point d'honoraires aux fonctionnaires chargés de cette opération. Mais, jusqu'en 1838, il fallait, pour que les livres pussent être présentés au visa, qu'ils eussent été préalablement timbrés, et l'impôt du timbre pour des écritures souvent considérables devenait extrêmement onéreux. Aussi, dans la pratique, se dispensait-on le plus souvent de faire timbrer les registres ; et ce qui était beaucoup plus fâcheux que l'absence du timbre, c'est qu'alors les importantes formalités, prescrites par la loi pour assurer l'intégrité des registres, ne pouvaient être accomplies. En consé-

quence, les livres, n'étant pas régulièrement tenus, auraient dû à la rigueur n'avoir aucune autorité (*ib.*, art. 13). Mais les tribunaux de commerce, se conformant à l'usage constant plutôt qu'aux prescriptions légales, ne refusaient pas d'admettre les registres non visés, lorsqu'il n'y avait aucun soupçon de fraude dans l'espèce. Ainsi les sages précautions de la loi se trouvaient éludées. Pour faire cesser cette grave irrégularité, on a remplacé, par une augmentation de la contribution des patentes, l'impôt du timbre, qui était d'ailleurs fort inégal, puisqu'il était proportionnel, non pas à la valeur des opérations, mais à la place matérielle qu'occupait la mention de ces opérations sur les registres. Ce changement s'est effectué le 1er janvier 1838 (loi du 20 juillet 1837, art. 4). Aujourd'hui donc le visa sans frais est devenu une vérité, et ceux qui se dispenseraient de l'accomplissement des formalités légales n'auraient plus d'excuse. Les livres doivent de plus être conservés pendant dix ans (Code de comm., art. 11).

626. Une sanction extrêmement rigoureuse garantit l'exactitude et la fidélité des écritures commerciales. Le failli qui n'a pas tenu de registres, ou qui n'en a tenu que d'irréguliers, même sans fraude, peut être déclaré banqueroutier simple, et frappé en conséquence de peines correctionnelles (*ib.*, art. 586, 6°). Quant aux écritures frauduleuses, tendant, soit à dissimuler l'actif, soit à simuler un passif, elles entraînent la peine de la banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire les travaux forcés à temps (*ib.*, art. 591; Code pén, art. 402). En outre, la simulation, qui, en matière civile, pourrait tout au plus dégénérer en escroquerie, est ici, à raison de la gravité des conséquences qu'elle entraîne, punie aussi gravement que le faux. C'est en effet également la peine des travaux forcés à temps qui est prononcée par le Code pénal (art. 147)

pour le faux en écriture de commerce; et l'assimilation de ce faux à celui qui aurait lieu en écriture publique, est une garantie de plus contre les falsifications que les tiers pourraient commettre sur les registres.

627. On sent que l'autorité des livres de commerce doit être plus grande entre deux marchands, dont les écritures se servent de contrôle réciproque, qu'entre un marchand et un particulier, puisque ce dernier ne pourrait se défendre à armes égales, n'ayant pas habituellement de registres, et ne pouvant pas même en tenir qui fassent foi en sa faveur. Occupons-nous d'abord de la foi des livres sous le premier point de vue.

PREMIERE SECTION.

FOI DES LIVRES ENTRE COMMERÇANTS.

628. « Les livres de commerce régulièrement tenus, » dit l'article 12 du Code de commerce, « peuvent être » admis par le juge pour faire preuve entre commerçants » pour faits de commerce. » La preuve par livres n'est donc pas strictement obligatoire pour la juridiction consulaire, qui peut écarter les registres comme suspects, même lorsqu'ils sont réguliers en la forme. La simplicité et l'équité, qui sont l'âme de cette juridiction, ne permettaient pas qu'on y astreignît le juge à certaines preuves légales; on lui accorde donc, quant aux moyens qui doivent déterminer sa conviction, une latitude analogue à celle qui est accordée aux jurés. Mais, en fait, les tribunaux de commerce ne refusent guère d'ajouter une foi complète aux registres régulièrement tenus.

629. Il ne suffit pas que la contestation s'élève entre commerçants, il faut qu'elle ait lieu pour faits de commerce. Ainsi un négociant ne serait pas reçu à se prévaloir d'une mention faite dans ses livres, pour justifier d'une opération purement civile, telle que l'achat d'un immeuble. Néanmoins, comme le livre journal doit présenter tout ce que le commerçant reçoit ou paye à quelque titre que ce soit (*ib.*, art. 8), la mention faite dans ce livre peut servir à son adversaire de commencement de preuve; et, en sens inverse, l'omission sur ce livre d'une opération civile peut contribuer à faire rejeter la prétention du

négociant, si c'est lui qui est demandeur. C'est donc avec raison qu'un arrêt de rejet du 25 nivôse an X a décidé que le défaut de production de livres, même en matière civile, pouvait, réuni à d'autres circonstances, rendre un négociant non recevable dans ses prétentions. Il n'est pas nécessaire au surplus que l'opération soit commerciale de part et d'autre, pour que les livres puissent faire pleine foi. Dès qu'il s'agit d'un fait de commerce, les deux parties ont dû le constater respectivement sur leurs livres. Ainsi la vente de vins, faite par un marchand de vins à un manufacturier, bien qu'elle ne constitue pas de la part de ce dernier une opération de commerce, peut être justifiée de cette manière.

630. Si les registres sont d'accord, la preuve est parfaite, à moins qu'une falsification ne puisse être établie. S'ils ne sont pas conformes, et qu'ils soient d'ailleurs régulièrement tenus de part et d'autre, les deux autorités se balancent, et il faut recourir à d'autres modes de preuve. Si un seul des registres est régulièrement tenu, le juge pourra s'y attacher, mais il est toujours libre d'exiger des garanties additionnelles, telles que l'audition de témoins, ou la prestation de serment. Enfin, d'après l'article 17 du Code de commerce, si une partie refuse de produire ses livres, auxquels l'autre partie offre d'ajouter foi, le juge peut déférer le serment à cette dernière partie. Cette disposition ne doit pas s'entendre seulement du cas où un particulier offrirait d'ajouter foi aux livres d'un commerçant, cas où il y aurait lieu au serment sans doute, mais que les rédacteurs du Code de commerce ne devaient pas avoir en vue, puisqu'ils ne s'occupaient que des procès entre commerçants. C'est surtout entre commerçants que l'article 17 doit recevoir son application. Aussi ne pensons-nous pas avec Toullier (t. VIII, n° 383) que le négociant, qui représente seul ses livres, doive obtenir

gain de cause *de plano*, s'il offre de s'en rapporter à ceux de son adversaire, et que celui-ci ne puisse ou ne veuille les représenter. Le juge doit préalablement lui déférer le serment, afin de corroborer le témoignage de ses livres par une sanction d'une autre nature.

631. L'obligation pour un commerçant de produire ses livres en justice eût pu, si la loi ne l'avait pas restreinte dans de justes bornes, compromettre singulièrement le succès des opérations commerciales, pour lesquelles le secret est souvent essentiel. Aussi la représentation, même ordonnée d'office, n'a-t-elle point pour effet de mettre au jour la situation de la partie que les livres concernent; on doit se borner à extraire des registres ce qui a trait au différend (*ib.*, art. 15). La communication complète n'a été autorisée que dans les cas où elle est indispensable, c'est-à-dire, où la contestation porte sur l'ensemble de la gestion commerciale, dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et faillite (*ib.*, art. 14). Il y avait moins de doute dans le dernier cas, puisqu'il n'est plus temps de songer à ménager le crédit, lorsqu'il y a eu cessation de payements.

DEUXIÈME SECTION.

FOI VIS-A-VIS DES PARTICULIERS.

632. L'obligation prescrite aux marchands de tenir des écritures régulières existe vis-à-vis des particuliers, tout aussi bien que vis-à-vis des autres marchands. Aussi leurs livres font-ils preuve contre eux (Code civ., art. 1330), mais seulement pour faits de commerce, sauf à puiser un commencement de preuve par écrit dans les mentions d'opérations purement civiles, qui s'y trouvent insérées.

Appliquant à cette matière le principe de l'indivisibilité de l'aveu, la loi ajoute (*ib.*) que celui qui veut tirer avantage des registres, ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. L'indivisibilité s'entend d'ailleurs ici comme en ce qui touche l'aveu oral (voir n° 250). La déclaration du marchand doit être acceptée par la partie qui s'en rapporte à ses livres, pour tout fait connexe : ainsi le registre qui établit l'existence de la dette, doit également faire foi pour en établir le payement. Mais des articles tout à fait indépendants de l'article allégué, dans lesquels le commerçant se dirait créancier pour toute autre cause, pourraient être repoussés par le particulier qui invoque le registre. On ne doit cependant appliquer cette doctrine qu'avec précaution en matière commerciale, là où des opérations diverses s'enchaînent souvent de la manière la plus étroite. C'est ainsi qu'un compte courant régulièrement tenu, bien que composé d'articles distincts, sera généralement considéré comme indivisible.

633. Arrivons à la partie la plus controversée de la matière, à la foi que peuvent avoir les livres en faveur des marchands contre les particuliers. Les opinions des anciens docteurs étaient très-partagées sur la foi probante de ces livres. Suivant les uns, ils faisaient pleine foi ; suivant d'autres, ils faisaient une demi-preuve, qui pouvait être corroborée par d'autres preuves, notamment par le serment du demandeur. Dumoulin n'admet pas que ces écritures soient ou une preuve, ou même une demi-preuve, dans l'espèce; mais il pense que le serment supplétoire peut être admis suivant les circonstances : *rationes ejus* (*ad. leg.* 3, *Cod.*, *de reb. cred.*), *quamvis non plenam probationem, nec omnino semiplenam inducant, tamen inserunt aliquam præsumptionem, ex qua possit ei deferri juramentum, ita ut per se rationes probent.* Ce jurisconsulte ne parle point de la preuve par témoins. L'eût-il admise, en présence de l'ordonnance de Moulins, promulguée depuis qu'il avait écrit ces lignes ? c'est ce qui est assez douteux. Boiceau admet l'audition des témoins, mais avec une distinction qui ne serait plus de mise aujourd'hui, c'est-à-dire, en faveur, non de petits marchands, mais de ceux qui font partie d'une corporation (part. II, chap. VIII). Danty (add. sur ce chap., n° 46 et 47), qui écrivait un siècle après, pense que le sentiment de Boiceau ne peut être suivie que dans des cas rares, où la bonne foi sera évidente. Enfin Pothier (*Oblig.*, n°s 754 et suiv., et n° 807) reproduit l'opinion de Boiceau, en ajoutant toutefois que la fourniture alléguée doit être vraisemblable. Et c'est à cette occasion que ce grand jurisconsulte nous révèle toute la simplicité de ses mœurs, simplicité si admirable surtout au dix-huitième siècle : « Par exemple, » dit-il (n° 756), « ce ne se» raient pas des fournitures vraisemblables, s'il était » écrit sur le livre d'un marchand, qu'il m'a vendu et » livré dix aunes de drap noir dans une année, parce que

» je n'ai pas besoin de plus d'un habillement dans l'année, » pour lequel quatre aunes de drap suffisent. »

Cette opinion de Pothier, qui considère les registres comme pouvant servir de commencement de preuve, passe généralement pour l'expression du dernier état de notre ancienne jurisprudence. Mais il en était autrement, si nous en croyons l'annotateur anonyme de Danty (note sur le n° 44 du chap. VIII), qui s'exprime en ces termes, après avoir reproduit le passage de Pothier : « Cet auteur » donne peut-être un peu trop de faveur aux livres des » marchands, et il semble que la jurisprudence du Châ- » telet n'y est pas conforme. Denisart, qui parle ordi- » nairement d'après cette jurisprudence, dit qu'ils ne » forment aucun titre contre des bourgeois non négo- » ciants, qui sont crus à leur affirmation contre les li- » vres des marchands. » Ainsi il paraît qu'au Châtelet, on déférait le serment, mais au demandeur seulement, et qu'il n'était nullement question de la preuve testimoniale.

634. Après cet exposé des diverses opinions reçues autrefois, abordons l'interprétation du Code civil.

« Les registres des marchands, dit l'article 1329, ne » font point, contre les personnes non marchandes, » preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui » sera dit à l'égard du serment. »

Cette réserve du serment ne peut s'entendre du serment décisoire qui est de droit; elle suppose forcément l'admission du serment supplétoire. Mais puisqu'il est constant que le serment supplétoire n'est permis que dans les cas où la preuve testimoniale est recevable, plusieurs auteurs soutiennent que les livres des marchands constituent en leur faveur un commencement de preuve par écrit. Ils font remarquer que le serment supplétoire est la plus faible de toutes les preuves, et que, s'il est permis de

s'en rapporter à la déclaration assermentée du demandeur, il doit l'être, à plus forte, raison d'ouvrir une enquête, qui offre incontestablement plus de garanties. Ils invoquent enfin l'autorité de Pothier, qui a été si souvent le guide des rédacteurs du Code. Il nous est néanmoins impossible de partager cet avis. D'abord, l'assimilation du serment supplétoire à la preuve testimoniale ne résulte nullement du texte de la loi. Tout ce qu'elle dit (Code civ., art. 1367), c'est que le serment peut être déféré d'office, quand la demande n'est pas totalement dénuée de preuves. Or, nous avons bien admis avec la jurisprudence (voir n° 324), que le serment supplétoire ne peut être ordinairement déféré que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Mais ce n'est point là un principe absolu, et le législateur a pu, par une réserve expresse, comme celle qui se trouve dans l'article 1329, autoriser ce serment dans les cas où les témoins ne sauraient être entendus. Y a-t-il là, ainsi qu'on le prétend, une contradiction? Oui, si on suppose que le serment sera ordinairement déféré au demandeur; il vaudrait mieux alors ouvrir une enquête que de s'en rapporter purement et simplement à son affirmation. Mais cette supposition est toute gratuite. Les meilleurs auteurs l'ont toujours reconnu, c'est au défendeur que doit être déféré de préférence le serment supplétoire. Ce n'est que dans des cas extrêmement favorables qu'il est permis de le déférer au demandeur. Au contraire, si la preuve testimoniale est jugée admissible, toutes les fois qu'il y aura doute, on sera tenté de faire entendre des témoins, afin d'éclaircir les faits; et le marchand aura tout l'avantage dans l'enquête, puisqu'il aura pu préparer à l'avance des dépositions, d'où il résultera de la manière la plus positive que telles fournitures ont eu lieu à telle date, tandis que le particulier, qui ne pouvait soupçonner la demande di-

rigée contre lui, n'aura pu se ménager à l'avance les moyens d'établir la négative. Autre chose est l'admission du serment supplétoire, qui ne sera déféré au marchand que quand le juge aura une pleine conviction de sa loyauté; autre chose est l'administration de la preuve testimoniale, qui ferait toujours pencher la balance en sa faveur. En ce qui touche l'argument tiré de Pothier, il nous semble suffisamment réfuté par l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu : « Quant aux personnes qui ne » sont pas dans le commerce, on a dû maintenir la règle » suivant laquelle nul ne peut se faire de titre à lui-» même, et l'ordre que les marchands sont tenus de » tenir dans leurs registres ne saurait garantir que les » fournitures qui y sont portées soient réelles. Ils » n'ont à cet égard d'autre droit que celui d'exiger » le serment des personnes qui contesteraient leurs » demandes. »

Ces dernières expressions vont trop loin sans doute; le texte de la loi étant général, nous ne pensons pas que le serment ne puisse être déféré qu'au défendeur. Mais, en rapprochant ces paroles de la jurisprudence du Châtelet, lorsqu'on voit le rapporteur poser le principe que nul ne peut se faire de titre à lui-même, il est difficile de croire que les rédacteurs du Code n'aient voulu que reproduire la doctrine de Pothier, suivant lequel (n° 754) *les registres ne peuvent pas faire une preuve pleine et entière* [1]. Ajoutons que du temps de Pothier, ainsi que nous l'avons souvent fait remarquer, la nature du commencement de preuve par écrit n'était pas bien déterminée, tandis qu'aujour-

[1] Le rapport fait au tribunat par M. Jaubert vient encore à l'appui de la doctrine énoncée dans l'exposé des motifs : « Ces registres, » dit-il, « ne » peuvent tout au plus servir qu'à déterminer le juge à déférer le ser- » ment. » L'intention restrictive ne saurait être plus manifeste.

d'hui l'article 1367 du Code civil veut qu'il émane du défendeur. Cette règle souffre sans doute des exceptions ; mais il faut du moins que ces exceptions soient énoncées dans la loi, et comment peut-on voir l'admission de la preuve testimoniale dans un simple renvoi à la matière du serment? N'était-il pas plus simple de dire expressément que les registres serviraient de commencement de preuve par écrit ?

TROISIÈME PARTIE.

PRÉSOMPTIONS.

---

635. Nous avons épuisé ce qui concerne les *preuves* proprement dites, c'est-à-dire, celles qui reposent sur le témoignage de l'homme. Nous arrivons aux présomptions, c'est-à-dire aux preuves qui se fondent simplement sur le rapport qui peut exister entre certains faits constatés dans l'instruction, et d'autres faits qu'il s'agit d'établir : preuves que Bentham appelle *circonstantielles*. Ici l'intelligence du juge est seule en jeu ; c'est elle qui, sans le secours d'aucun témoignage, *tire la conséquence du fait connu au fait inconnu* (Code civ., art. 1349). L'induction est sans doute toujours au fond le procédé employé, nous l'avons reconnu (voir n° 25), dans les preuves proprement dites, aussi bien que dans les présomptions. Mais nous avons remarqué que, le témoignage ayant précisément pour but d'établir les faits litigieux, l'induction qui conduit du témoignage à la vérité de ces faits, est si rapide qu'elle passe inaperçue. C'est le témoignage lui-même qu'il faut examiner avec soin, pour s'assurer qu'il n'a rien de suspect ; mais, une fois le témoignage admis, l'opération intellectuelle qui conduit du témoignage au fait est en quelque sorte instantanée. Il n'en est pas de même dans les présomptions. Alors non-seulement l'existence du fait, sur lequel repose l'induction, doit être au préalable clai-

rement établie; mais cette induction elle-même ne repose que sur une probabilité, dont la force peut varier à l'infini. Le lien qui rattache le fait connu au fait inconnu est purement conjectural. Il importe de vérifier avec soin la justesse, souvent plus solide qu'apparente, du raisonnement qui conduit de l'un à l'autre. Aussi la preuve qui se fonde sur des présomptions a-t-elle été souvent nommée *artificielle*, non qu'elle soit purement arbitraire, mais parce qu'elle est toujours plus ou moins l'œuvre de la raison de l'homme.

636. Nous ne considérons pas toutefois comme présomptions les inductions qui sont fondées sur des lois constantes de la nature. Ainsi une femme qui serait devenue enceinte en l'absence de son mari, ne serait pas reçue à soutenir, pour se défendre de l accusation d'adultère, que sa grossesse a été spontanée; les faits miraculeux ne sauraient être admis dans la pratique judiciaire. Des inductions aussi concluantes ont plus de force que le témoignage même, et se confondent dans l'usage avec l'évidence immédiate. La présomption suppose qu'il y a doute, que la relation de certains effets à certaines causes n'est pas certaine, mais plus ou moins probable. C'est ainsi que Quintilien distingue (*Instit. orat.*, liv. V, ch. IX) ce qu'il appelle *signa* en deux classes : *alia sunt quæ necessaria sunt, quæ Græci vocant τεκμήρια, alia non necessaria, quæ σημεῖα. Priora illa sunt quæ aliter habere se non possunt, quæ mihi vix pertinere ad præcepta artis videntur. Nam ubi est signum insolubile, ibi ne lis quidem est..... Alia sunt signa non necessaria, quæ, etiamsi ad tollendam dubitationem sola non sufficiunt, tamen adjuncta cæteris plurimum valent.*

Les inductions de cette dernière espèce, désignées habituellement sous le nom d'*indices*, que leur donnait déjà Quintilien, sont les seules dont nous ayons à nous occu-

per. Cette distinction est importante en Angleterre; car, dans ce pays, c'est à la cour, et non pas au jury [1] à statuer sur les présomptions qui se confondent avec l'évidence (Blaxland, *Cod. rer. ang.*, page 500).

637. Les présomptions méritent-elles plus de foi que les témoignages directs? On peut être tenté de leur donner la préférence, si on se préoccupe du danger de la corruption des témoins, de l'altération des écrits. Mais, si le témoignage muet qu'on puise dans les indices, ne peut être suspect de mensonge comme le témoignage de l'homme, il peut cependant quelquefois être l'œuvre du dol, une perfide combinaison pouvant préparer à l'avance certains signes, pour faire croire à l'existence d'un délit supposé. Bien plus, lors même que les indices sur lesquels se fonde la présomption sont à l'abri de tout soupçon de fausseté, le rapport qui peut exister entre ces indices et la réalité du fait litigieux est souvent très-équivoque; tandis que, la sincérité du témoignage une fois établie, la vérité du fait attesté en ressort avec évidence. Du reste, il est difficile de poser sur ce point des règles générales, la foi des présomptions variant à l'infini suivant les circonstances, et leur réunion leur donnant souvent une force, dont elles seraient complétement dépourvues, si elles étaient isolées.

638. La question de savoir jusqu'à quel point tel élément connu rend vraisemblable l'existence de telle ou telle cause inconnue, subordonnée par sa nature aux lumières de la raison, dépend en général uniquement de l'appréciation du juge. Mais, dans les cas les plus importants, la loi, voulant assurer la stabilité de certaines positions, et couper court à certaines controverses, a établi des présomptions auxquelles le juge est obligé de se conformer.

[1] Au civil comme au criminel, puisque le jury existe en Angleterre dans toutes les juridictions.

Il y a donc des présomptions légales, comme des preuves légales. Ce n'est pas qu'il résulte des présomptions établies par la loi une certitude complète des faits que le juge est obligé d'en conclure; ainsi la circonstance qu'un enfant est conçu pendant le mariage n'est pas une preuve absolue de la paternité du mari. Mais, dans le cours ordinaire des choses, le mariage avec la mère de l'enfant rend la paternité assez vraisemblable pour qu'on ait pu, dans un intérêt de sécurité sociale, établir entre ces deux événements le rapport de cause à effet, sauf le désaveu dans certains cas déterminés.

639. Avant de parler des présomptions auxquelles la loi attache une force toute particulière, occupons-nous des présomptions simples, c'est-à-dire, de celles qui sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.

640. Il faut observer que nous n'aurons pas à développer ici les règles d'une procédure spéciale. Les présomptions n'exigent ni l'audition de témoins, ni la vérification d'écrits, elles donnent simplement lieu d'ordinaire à une discussion dans les requêtes ou dans les plaidoiries. La seule instruction à laquelle puisse quelquefois donner lieu la recherche des indices, c'est l'expertise, dont nous avons traité à la fin de la première partie.

PREMIER LIVRE.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES.

641. Dans les législations qui abandonnent en toute matière les preuves à l'appréciation du juge, c'est à lui à peser la valeur des indices, comme celle des témoignages, et aucune règle ne vient restreindre *à priori* la force des présomptions. C'est ce qui avait lieu à Rome : *indicia certa,* disait Dioclétien (l. 19, Cod., *de rei vind.*), *non minorem probationis quam instrumenta continent fidem.* Mais dans notre droit, qui soumet à des preuves préconstituées les conventions des parties, il fallait, à peine d'inconséquence, exclure les présomptions, là où on excluait la preuve par témoins, afin de mettre les contractants dans la nécessité de rédiger un écrit. De là le peu d'autorité des présomptions en matière civile, où la plupart des procès se rattachent à des conventions. En matière criminelle, au contraire, où il s'agit presque toujours de simples faits, elles ont une extrême importance, puisqu'elles peuvent souvent motiver une condamnation capitale. Ici, comme pour la preuve testimoniale, il faut s'attacher à la nature des questions, et non pas au caractère de la juridiction saisie; les présomptions seront admissibles au civil, lorsqu'il ne s'agira pas de dispositions qui doivent être constatées par écrit, lorsqu'on demandera, par exemple, la réparation civile d'un délit; elle seront, au contraire, repoussées au criminel, lorsqu'il s'agira d'établir préalablement l'existence d'une convention qui devait être constatée par écrit, d'un dépôt, par exemple, dont on alléguerait la violation.

PREMIÈRE SECTION.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES EN MATIÈRE CIVILE.

642. L'admissibilité, en matière civile, des preuves circonstantielles n'était pas régie par des principes bien certains dans l'ancienne jurisprudence. Sans doute, l'esprit de l'ordonnance de Moulins, qui voulait des preuves stables et fixes, devait porter à exclure les présomptions dans tous les cas où l'on excluait l'enquête. Mais, le texte de l'ordonnance ne repoussant pas les présomptions, on s'en tenait aux règles posées par les jurisconsultes romains, c'est-à-dire qu'on laissait au juge un pouvoir illimité pour se décider suivant les circonstances. Danty (Addit. sur le chap. VII de Boiceau, § 62 et suiv.) admet bien la doctrine qui met l'autorité des présomptions sur la même ligne que celle de la preuve testimoniale; mais il n'en tire pas la conséquence que la même exclusion doive s'appliquer en ce qui touche l'une et l'autre preuve. Pothier s'exprime d'une manière extrêmement vague : il mentionne certaines présomptions simples, comme celle qu'établit, en faveur d'un huissier ou d'un procureur, la possession des titres de la partie, qu'il prétend lui avoir donné pouvoir d'agir en son nom. Puis il ajoute (*Oblig.*, n° 849) : « Les autres présomptions que nous appelons *simples* ne » forment pas seules et par elles-mêmes une preuve; elles » servent seulement à confirmer et à compléter la preuve » qui résulte d'ailleurs. » Mais quelles étaient les présomptions non établies par une loi qui pouvaient faire preuve?

Quelles étaient, au contraire, celles qui n'avaient qu'une force subsidiaire? Il est évident que tout cela dependait de l'appréciation arbitraire du juge. Aussi voyons-nous quelquefois l'ancienne jurisprudence s'attacher à des indices très-faibles dans des causes d'un grand intérêt. Ce fut ainsi qu'un arrêt du parlement de Paris adjugea à la ville d'Auxerre une maison que l'évêque avait commencé à bâtir, et dont un très-petit nombre de présomptions annonçaient qu'il avait eu le dessein de faire un collége, bien qu'il n'eût ni fait, ni même médité aucun acte de donation ou de fondation. La Cour de cassation a décidé en conséquence, par un arrêt de rejet du 22 mars 1810, que le Code civil a innové en disant dans l'article 1353 :

643. « Les présomptions qui ne sont point établies par » la loi sont abandonnées à la lumière et à la prudence » du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions » graves, précises et concordantes, et dans les cas seule» ment où la loi admet les preuves testimoniales, à moins » que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. »

Ces dernières expressions : *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de faux ou de dol*, sont une véritable redondance. Car il n'est pas douteux que la preuve testimoniale ne soit admissible pour établir la fraude ou le dol, qui sont de simples faits, dont on n'a jamais exigé qu'il fût représenté une preuve écrite. Il suffisait de mettre, en général, l'admissibilité des présomptions sur la même ligne que celle de l'enquête.

644. Quels caractères doivent avoir les preuves circonstancielles pour faire foi en justice? Danty (*loc. cit.*), appliquant aux présomptions les règles que l'on suit pour apprécier les dépositions des témoins, veut qu'elles soient graves et précises; puis il ajoute, par application de la règle *testis unus, testis nullus*, qu'une seule présomption ne suffit pas, que plusieurs doivent concourir pour établir

la réalité des faits allégués. Pothier exige aussi en général le concours de plusieurs présomptions. Le Code civil qui veut qu'elles soient *graves, précises et concordantes*, semble un écho de cette doctrine. Mais, si on pouvait concevoir jadis qu'on exigeât *à priori* une certaine quantité et une certaine qualité d'indices, de même qu'on exigeait tel nombre et telle nature de témoignages pour opérer la conviction; aujourd'hui que l'administration de la preuve testimoniale est affranchie de ces entraves, elles doivent également disparaître, en ce qui touche les preuves circonstancielles. Un fait isolé peut donner lieu à des inductions d'une extrême gravité, et, il faut l'avouer, la plupart des présomptions légales ne reposent effectivement que sur un fait unique. La gravité, la précision et la concordance sont sans doute de précieuses qualités; mais on doit les rechercher également dans les dépositions des témoins, bien que la loi n'en parle pas, et on ne peut les considérer ici que comme indiquées à la conscience du juge. Aussi la cour de cassation a-t-elle rejeté, le 27 avril 1830, un pourvoi fondé sur ce singulier motif, que les présomptions dans l'espèce n'étaient pas graves, précises et concordantes, comme s'il était possible de voir là une question de droit.

Un système moins heureux encore, dont cette même cour a fait justice (arr. de rej. du 11 novembre 1806), consistait à soutenir que, dans le cas prévu par un texte fameux de Papinien (l. 26, ff., *de prob.*), cité par Pothier, et fort en honneur dans l'ancienne jurisprudence, l'induction n'était admissible qu'autant que l'espèce présentait la réunion des diverses circonstances énumérées par la loi romaine. Il est par trop évident que la loi *Procula* n'a chez nous qu'une autorité de doctrine, et que la prétendue violation de cette loi ne saurait donner lieu à un pourvoi en cassation.

DEUXIÈME SECTION.

PRÉSOMPTIONS SIMPLES EN MATIÈRE CRIMINELLE.

645. Au criminel, les présomptions, qu'on appelle plus volontiers *indices*, ont une extrême importance. Les délits étant souvent commis sans témoins, il devient nécessaire de s'attacher aux preuves circonstantielles, quelque inférieures qu'elles soient aux preuves directes.

Nous allons parler d'abord de l'admissibilité des indices; puis nous présenterons quelques observations sur leur classification, et sur la manière dont il convient de les discuter.

§ 1. Admissibilité des indices.

646. On a reconnu de tout temps que la preuve par indices présente de graves dangers. *Nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Trajanus rescripsit*, nous dit Ulpien (l. 5, ff., *de pœn.*). D'un autre côté, Gratien permet de se servir *indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus* (l. ult., Cod., *de probat.*). On sait du reste que les jurisconsultes romains n'avaient jamais cherché à fixer la limite qui sépare le doute de la certitude. En matière de présomptions, comme en matière de témoignages, ils n'avaient pas la prétention déraisonnable d'enchaîner la conscience du juge par des règles de droit, comme si la conviction légale reposait sur d'autres bases que la conviction morale; ils ne voulaient que lui donner de sages conseils. Nous voyons par les écrits de Cicéron et de Quintilien que

les indices jouaient un grand rôle dans les accusations criminelles à Rome. Comme, dans le système des accusations privées, on ne procédait pas à un interrogatoire en forme de l'accusé, on n'avait d'autre ressource, après l'audition des témoins, que la discussion des preuves circonstancielles, discussion qui, par sa nature même, prêtait singulièrement aux effets de l'art oratoire.

647. Dans le système inquisitorial, qui tend à la recherche directe de la vérité, l'examen des indices n'est pas seulement un texte pour les plaidoiries, c'est un moyen d'information qu'il faut combiner avec les dépositions des témoins, et surtout avec l'interrogatoire de l'accusé. Provoquer des explications orales pour éclairer les preuves circonstancielles, au lieu de les discuter purement et simplement *in abstracto*, c'est là évidemment un progrès sensible en législation. Malheureusement, un désir exagéré d'arriver à la découverte de la vérité fit employer la voie la moins propre à atteindre ce but, la contrainte physique. Toutes les fois qu'il n'y avait pas confession de l'accusé, ou attestation de deux témoins irréprochables, les indices, quelque graves qu'ils fussent, ne pouvaient pas donner lieu à une condamnation capitale, mais seulement à l'emploi de la torture : singulier scrupule, qui, pour ne pas condamner trop facilement un coupable, courait risque de faire subir à un innocent un mode d'instruction qui était à lui seul un véritable supplice ! La question préparatoire était une sorte d'épreuve légale, qui avait pour effet, si elle était favorable à l'accusé, de purger les indices. « Lorsque l'accusé, » dit Pothier (*Trait. de la proc. crim.*, sect. V., art. II., § III), « n'a point » confessé à la question le crime dont il est accusé, si le » jugement qui a ordonné la question ne fait pas réserve » de preuves, toutes les preuves et les indices qui étaient » au procès contre l'accusé sont purgés par la question ;

» et, s'il n'en survient pas de nouvelles entre la question » et le jugement, il doit être absous. » Cette faculté de réserver les indices est tout ce qu'on peut concevoir de plus arbitraire. Aussi plusieurs auteurs voulaient-ils au moins que le *manentibus indiciis* ne pût être prononcé que par les cours souveraines[1]; mais l'ordonnance de 1670 (tit. 19, art. 2) établit généralement cette faculté pour toutes les juridictions, contre l'avis du président Lamoignon. Lorsque cette réserve n'était pas faite, l'énergie morale de l'accusé, ou même la force de ses nerfs, avait la vertu d'anéantir toutes les charges qui pouvaient peser précédemment sur lui. Si, au contraire, un aveu était extorqué par la torture, cet aveu donnait une fausse sécurité au juge, qui condamnait, sans s'imposer l'obligation de scruter la valeur réelle des indices. Jamais il n'y a eu plus de condamnations injustes que sous l'empire d'une jurisprudence qui défendait de prononcer la peine capitale sur de simples indices. L'histoire si connue de la *Pie voleuse* n'est qu'un exemple malheureusement trop réel de ces déplorables erreurs judiciaires[2].

648. S'il ne peut plus être question aujourd'hui de suppléer, à l'aide de la torture, à l'insuffisance des présomptions qui militent contre l'accusé, une autre erreur qui est loin d'être entièrement déracinée, et que nous avons déjà eu occasion de combattre (voir n° 41), c'est celle qui consiste à prononcer dans le doute, suivant l'expression bizarre de Papon, *quelque gracieuse condamnation*. Ce moyen terme, aussi contraire à la justice qu'à la lo-

[1] La question avec réserve des preuves était une peine qui était considérée comme plus rigoureuse que celle des galères perpétuelles (ord. de 1670, tit. 25, art. 13).

[2] On sait que le souvenir de ce triste événement fut consacré à Paris, jusqu'à la revolution de 1789, par une messe connue sous le nom de *Messe de la Pie*, à laquelle les magistrats assistaient en robes rouges.

gique, bien que repoussé, ainsi que nous l'avons vu, dès 1739 par le chancelier d'Aguesseau, s'est longtemps maintenu dans la doctrine. Nous le retrouvons encore dans Merlin : « S'il n'était question, » dit-il, en parlant des délits contraires aux mœurs (*Répert.* au mot *Indices*, n° IV), « que de prononcer une peine légère, et plutôt correc- » tionnelle qu'afflictive ou infamante, on ne devrait pas » être aussi rigoureux sur les preuves, parce que, quand » l'accusé ne serait pas coupable du délit qu'on lui im- » pute, il serait toujours répréhensible d'avoir donné lieu » par sa conduite à des soupçons scandaleux. » On trouve encore ce système, ainsi que *la mise hors de cour et le plus amplement informé*, dans certaines législations germaniques. Mais il n'y a rien de pareil dans notre droit français moderne, qui ne reconnaît pas de milieu entre la culpabilité et l'innocence. Aussi l'article 727 du Code civil ne déclare-t-il indigne que celui qui a été *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, tandis qu'autrefois de simples soupçons suffisaient pour autoriser à prononcer l'indignité. Ce fut ainsi que, dans l'affaire de la *Belle tonnelière*, le parlement de Paris déclara, le 3 juin 1766, que l'indignité pouvait résulter d'un simple jugement de plus amplement informé.

649. L'article 342 du Code d'instruction criminelle applique spécialement aux indices le principe moderne, commun à toutes les juridictions, d'après lequel la conviction du juge criminel est en général dégagée de toute entrave : « La loi ne dit point au juré : Vous ne regarderez » point comme suffisamment établie toute preuve qui ne » sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, » de tant de témoins ou *de tant d'indices* ; elle ne leur fait » que cette seule question, qui renferme toute la mesure » de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ? »

650. La législation autrichienn, au contraire, a formulé

avec beaucoup de soin une théorie légale sur la preuve au moyen des indices. Un décret du 6 juillet 1833, modifiant l'article 412, 1re partie, du Code pénal autrichien, pose les principes suivants :

« L'inculpé qui nie le fait peut être tenu [1] pour légale» ment convaincu par le concours des indices, mais seule» ment lorsque les trois conditions suivantes se trouvent » conjointement réunies :

» I. Il faut que le fait, ainsi que les circonstances qui le » constituent délit, soient pleinement prouvés ;

» II. Il faut que les indices concourent contre l'inculpé » dans le nombre ci-après déterminé;

» III. De la combinaison des indices, des circonstances et » des rapports établis par l'instruction, il doit résulter une » connexité si directe et si claire, entre la personne de l'in» culpé et le délit, que, suivant le cours ordinaire et natu» rel des choses, on ne puisse pas supposer qu'aucune » autre personne que l'inculpé l'ait commis. »

La première de ces conditions, la constatation préalable du délit, doit être raisonnablement exigée chez nous, toutes les fois qu'elle est possible, c'est-à-dire quand il s'agit des *delicta facti permanentis* (voir n° 56).

La troisième est de l'essence de la preuve par indices, qui suppose toujours une conviction bien arrêtée.

Quant à la seconde, dont le développement se trouve dans la suite du décret, qui énumère un grand nombre d'indices, et exige en général que ces indices concourent au nombre de trois ; il faut avouer qu'elle est purement arbitraire. Un seul indice peut être décisif ; trois ou même quatre indices peuvent n'avoir aucune force. Le bon sens

[1] Remarquons qu'il est dit que l'accusé peut être, et non pas qu'il doive être tenu pour légalement convaincu. La doctrine des preuves légales n'existe plus en effet aujourd'hui, dans les pays où elle est admise, qu'en faveur de l'accusé.

veut que, comme les témoignages, ils soient pesés, et non comptés. Du reste, la législation autrichienne est conséquente. Elle admet encore la maxime *testis unus, testis nullus* (Code autr., part. I, art. 404), et, comme les présomptions n'ont pas tout à fait la même force que les témoignages directs, elle a cru devoir exiger trois présomptions, pour tenir lieu de deux témoins. Ce n'est là au surplus que la reproduction de la doctrine des anciens interprètes, qui exigeaient que les présomptions fussent au nombre de trois, à moins qu'elles ne fussent extrêmement fortes, cas auquel deux pouvaient suffire (comparer Dumoulin, cout. de Paris, tit. des fiefs, § XXXIII, glos. II, n° 69, et le décret autrichien de 1833, § 6 et 7). Il est fâcheux de voir ces vieilles idées remises en honneur au dix-neuvième siècle.

650. Le principe, vrai au criminel comme au civil, qui admet les présomptions partout où les témoins sont admissibles, souffrirait exception, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit d'administrer la preuve contraire à certains procès-verbaux. On ne pourrait alors, aux termes de l'article 154 du Code d'instruction, administrer que des preuves soit écrites, soit testimoniales. Dès lors, les indices ne seraient pas considérés dans cette matière comme des moyens sérieux. Mais cette interprétation littérale du texte ne nous a paru reposer sur aucune raison plausible (voir n° 472). Les indices à décharge, opposés à un procès-verbal, peuvent être faibles sans doute, mais ils peuvent aussi être extrêmement graves. Ainsi, supposons qu'un garde champêtre constate un délit ou une contravention rurale, et que le coupable ait dû nécessairement laisser l'empreinte de ses pas sur la neige; si la personne désignée dans le procès-verbal établit clairement que les traces que l'on a trouvées ne correspondent nullement à ses pieds ou à sa chaussure, ne

serait-il pas souverainement injuste de maintenir la foi du procès-verbal? Il est plus commode sans doute d'exclure en masse les indices que de les analyser; mais est-ce là rendre la justice?

§ 2. Classification des indices.

651. Les anciens criminalistes, et les lois qui ont été rédigées d'après leurs théories, ont donné diverses classifications des indices.

652. On les a divisés d'abord (*Instit. au droit crim.* de Muyart de Vouglans, part. VI, ch. V) en manifestes, prochains et éloignés.

Les premiers sont ceux qui ont un rapport nécessaire avec le fait allégué. Dans la théorie des preuves légales, ils ne pouvaient être combattus par la preuve contraire. On donnait ordinairement pour exemple d'indice manifeste, le cas où deux témoins irréprochables déposaient avoir vu l'accusé, ayant à la main une épée nue et sanglante, sortir de la chambre où une personne avait été trouvée blessée d'un coup d'épée. Toutefois, cet indice est très-prochain, véhément, si l'on veut, mais non pas manifeste; car on pourrait établir qu'il y a eu suicide, ou que l'accusé avait, au contraire, défendu la victime contre un meurtrier qui avait disparu. Un meilleur exemple est celui que l'on tire du chapitre XII des Décrétales, où le délit d'adultère est considéré comme clairement établi, si l'accusé a été trouvé *solus cum solâ, nudus cum nudâ, in eodem lecto.* Dans notre législation, qui n'admet pas d'autres preuves que le flagrant délit ou la correspondance, on n'a jamais hésité à considérer ces circonstances comme équivalant au flagrant délit; car comment les expliquer? L'accusé aurait mauvaise grâce à soutenir que, nouveau Robert d'Arbrissel, il

ne s'exposait à la tentation que pour avoir le mérite d'y résister.

Les indices prochains sont ceux qui ont un trait direct au délit, sans le supposer nécessairement. On en donne pour exemple, la saisie d'effets suspects, l'inimitié capitale de l'accusé, l'achat d'instruments propres à commettre le crime, etc.

Les indices éloignés sont ceux qui n'ont qu'un rapport indirect avec le délit, tels que les mauvais antécédents de l'accusé, ou sa fuite. On allait jusqu'à mettre au nombre de ces indices (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*), *la mauvaise physionomie de l'accusé, ou le vilain nom qu'il portait*. Mais c'étaient là, il faut en convenir, des indices très-éloignés.

Les indices devaient être prochains, pour donner lieu à la torture. Aujourd'hui la distinction de ceux qui sont prochains et de ceux qui sont éloignés n'a pas d'intérêt. Mais le juge doit analyser avec soin ces deux dernières natures de présomptions, qu'il doit toujours peser et non compter. Si, au contraire, les indices sont manifestes, comme il n'est pas obligé de croire à un miracle dans l'ordre physique ou dans l'ordre moral, on ne peut l'accuser de légèreté, quand il se déclare immédiatement convaincu.

653. Une division assez commode dans la pratique, pour établir en quelque sorte la chronologie de l'accusation, classe les indices en *antécédents, concomitants et subséquents*. Les actes préparatoires, les menaces, etc., sont des indices antécédents. Les indices concomitants se puisent dans les circonstances qui accompagnent le délit, dans le fait, par exemple, qu'une arme appartenant à l'accusé aura été trouvée auprès de la victime. La fuite, les tentatives de subornation de témoins, etc., sont des indices subséquents. S'il est utile de rechercher séparément

ces trois classes d'indices, c'est une grave erreur que de vouloir, comme le fait le Code criminel de Bavière (art. 328, n° 1), que ces trois sortes d'indices se trouvent réunies. C'est là exiger une condition souvent impossible, et qu'on doit être obligé d'éluder dans la pratique bavaroise.

654. La fameuse ordonnance criminelle de Charles-Quint, connue sous le nom de *Caroline*, énumérant les principaux indices, qui pouvaient donner lieu à l'application de la torture, les a classés en indices communs et en indices propres, suivant qu'ils peuvent se rapporter à toute espèce de délit, ou bien qu'ils sont particuliers au vol, à l'empoisonnement etc. (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*). Les chambres du conseil ou des mises en accusation qui doivent prononcer sur la gravité des indices, peuvent puiser d'utiles indications dans ces règles, dont le décret autrichien du 6 juillet 1833, qui énumère avec soin les indices généraux et spéciaux, peut être considéré comme la dernière édition.

Ceux qui désirent de plus amples détails sur l'origine des indices, consulteront avec fruit le livre V des *preuves judiciaires* de Bentham, consacré aux preuves circonstancielles, où la matière est traitée surtout au point de vue du droit criminel.

§ 3. Discussion des indices.

655. Il importe de procéder avec méthode et précision dans la discusion des indices; autrement, lorsque l'affaire est un peu compliquée, on court risque de s'égarer.

L'acte d'accusation, qui est la base de la procédure au grand criminel, doit aboutir à des conclusions bien nettes, énumérant chacune des charges qui pèsent sur l'accusé, et les moyens à l'appui de ces charges. Il doit faire ressortir les inductions que l'on peut tirer du fait



allégué, puis démontrer comment ce fait lui-même est établi, tandis que trop souvent on procède au hasard, en insistant sur des circonstances insignifiantes, autant que sur celles dont la justification serait décisive. Dans l'*indictment* anglais, la partie poursuivante est obligée de préciser en termes techniques les faits incriminatifs qu'elle allègue. Mais on tombe dans un excès opposé, en introduisant un style solennel, dont l'*indictment* ne peut s'écarter à peine de nullité. Il y en eut un d'annulé le 10 août 1824, aux assises de Hereford, parce qu'on s'y était servi des mots *assises générales*, au lieu de ceux de *grandes assises*. On pourrait, sans tomber dans cette exagération, éviter le vague qu'on est quelquefois fondé à reprocher aux actes d'accusation français. Les faits une fois bien articulés, comme ceux dont on demande à faire la preuve dans une enquête civile, cet acte deviendrait le cadre dans lequel devrait se mouvoir le débat. On aurait soin, à mesure qu'on interrogerait les témoins, de faire ressortir les conséquences de telle ou telle déposition, en mettant toujours en relief le rapport du fait attesté avec la culpabilité qu'il s'agit d'établir.

656. En second lieu, il convient de détacher le fait principal des faits accessoires, afin d'établir le premier séparément, sauf à fortifier ensuite la preuve qui en résulte, à l'aide de la démonstration des autres. En s'abstenant de suivre cette marche, on s'expose à commettre des pétitions de principe. Ainsi, dans une affaire de complot, on cherche souvent à établir le complot même à l'aide d'une foule de circonstances de détail, qui isolément seraient insignifiantes. Puis, lorsque l'accusé répond que ces circonstances n'ont pas la portée qu'on leur attribue, on prétend en établir la criminalité à l'aide du complot, qui pourtant n'a pas été préalablement démontré, et qui dès lors ne repose lui-même que sur la réunion de ces circon-

stances. Les Anglais appellent *constructive offenses* les délits qui résultent ainsi d'une réunion d'éléments qui, pris isolément, seraient innocents. Un Anglais accusé d'un délit de cette nature, disait qu'il ne concevait pas comment *avec dix mille morceaux d'un cheval blanc on pouvait faire un cheval noir*. Quand on veut établir un de ces délits complexes, il faut justifier spécialement de l'existence du fait principal, autour duquel les faits accessoires viennent se grouper; autrement, les indices légers, quelque multipliés qu'on les suppose, ne sauraient faire corps, et le mot de l'Anglais deviendrait applicable.

657. Enfin une troisième observation qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est qu'aucun anneau ne doit pouvoir se détacher de la chaîne qui, dans l'induction, rattache les circonstances connues au fait générateur de la culpabilité. Ainsi, la vente que l'accusé aurait faite de ses habits, loin du lieu où le crime aurait été commis, ne saurait être une circonstance inculpative qu'autant qu'elle aurait eu lieu peu de temps après la perpétration du délit; faite longtemps après, elle s'expliquerait beaucoup mieux par d'autres motifs que par la crainte d'être découvert. Il faut donc toujours pouvoir établir qu'il existe une relation non équivoque entre le fait que l'on prouve, et la culpabilité qu'il s'agit de démontrer; car, si un seul anneau vient à échapper, toute la chaîne se brise.

658. Du reste, l'avocat, qui veut s'exercer à la discussion des indices, ne doit pas se contenter d'étudier les règles théoriques de la matière, dans les livres du droit et dans les ouvrages de rhétorique; il doit consulter surtout les chefs-d'œuvre du barreau ancien et moderne. Le plaidoyer de Cicéron *pro Milone* a toujours passé pour un modèle en ce genre [1].

[1] Voir sur la discussion des indices une excellente note de M. le duc de Broglie, insérée à la fin du 1er volume des preuves judiciaires de Bentham, édition de Dumont.

DEUXIÈME LIVRE.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES.

659. Il n'est pas toujours possible à l'homme d'arriver à la connaissance parfaite de la vérité dans chaque cas particulier, et cependant les nécessités sociales ne lui permettent pas toujours de suspendre son jugement et de s'abstenir. La stabilité de l'état des personnes, celle des propriétés, enfin le besoin de calme et de sécurité pour une foule d'intérêts précieux, obligent le législateur à tenir pour vrais un grand nombre de points, qui ne sont pas démontrés, mais dont l'existence est établie par une induction plus ou moins puissante. L'ordre politique, comme l'ordre social, ne repose que sur des présomptions légales. L'aptitude à exercer certains droits, à remplir certaines fonctions, ne se reconnaît qu'au moyen de certaines conditions déterminées *à priori*, une vérification spéciale pour chaque individu étant évidemment impraticable. Plus les relations sociales se compliquent, plus il devient nécessaire de multiplier ces présomptions. Aussi y en a-t-il beaucoup plus dans notre droit qu'il n'y en avait à Rome.

660. Entrer ici dans le détail des diverses présomptions, ce serait s'imposer la nécessité de traiter *ex professo* presque toutes les matières juridiques; car il en est peu où la loi ne s'attache à certaines vérités, dont elle fait dépendre l'existence légale de circonstances déterminées. Il faudrait

nous occuper de l'état des personnes, des incapacités, de la prescription, etc. Ces développements, utiles en apparence pour compléter notre cadre, s'écartent au fond du but de cet ouvrage. Car les motifs qui ont déterminé le législateur à établir telle ou telle présomption, tiennent le plus souvent au droit bien plus qu'au fait. Ce qu'il examine surtout, ce n'est pas si le fait connu réunit tous les caractères suffisants pour rendre probable le fait inconnu, mais seulement si l'intérêt social exige que l'on conclue de la constatation de l'un à l'existence de l'autre. Les diverses présomptions, pour être bien comprises dans leurs spécialités, doivent se rattacher à l'examen spécial de chaque matière. Nous ne devons ici poser que les principes généraux.

Seulement, après avoir parlé des présomptions spéciales aux matières civiles et aux matières criminelles, nous traiterons avec quelques détails d'une présomption commune à toutes les juridictions, qui est la base de tout l'édifice judiciaire, de l'autorité de la chose jugée.

PREMIÈRE SECTION.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES EN MATIÈRE CIVILE.

661. « La présomption légale », dit l'article 1350 du Code civil, « est celle qui est attachée, par une loi spéciale, » à certains actes ou à certains faits. »

Autrefois les présomptions pouvaient être puisées dans certains textes du droit romain, aussi bien que dans les sources modernes; elles pouvaient même, suivant Pothier (*Oblig.* n° 843), être établies par argument de quelque texte de droit. Un pareil système offrait trop d'inconvénients pour qu'il fût possible, dans une législation qui tend à prévenir toute incertitude, tout arbitraire, de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le pouvoir d'établir des présomptions légales.

662. L'article 1350 donne pour exemple des actes ou faits, auxquels est attachée une présomption légale :

« 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés » faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule » qualité. » Telles sont les donations faites à certains parents des incapables, qui sont présumées faites à l'incapable lui-même (art. 911 et 1100); ou bien les actes translatifs de propriété à titre gratuit, faits par le failli dans les dix jours qui précèdent la cessation des payements, ou depuis cette cessation (Code de com., art. 444).

« 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou » la libération résulter de certaines circonstances déter- » minées. » La prescription à fin d'acquérir ou de se li-

bérer, les signes de mitoyenneté ou de non-mitoyenneté, etc., rentrent dans cette catégorie.

« 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. » Nous en parlerons spécialement dans notre troisième section.

« 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie » ou à son serment. » Nous avons rangé parmi les preuves proprement dites, l'aveu et le serment, qui sont en effet des déclarations de l'homme, et non de simples indices puisés dans l'étude des faits.

663. On conçoit deux degrés dans la présomption légale. La loi peut imposer au juge certaines preuves circonstancielles, en l'obligeant à tenir pour vrais les faits qu'elles tendent à établir, mais en laissant aux parties intéressées la faculté de démontrer que cette induction n'est pas fondée. Elle peut aller plus loin, repousser dès l'abord toute preuve contraire, et faire nécessairement résulter de telles circonstances l'existence légale de tel ou tel fait. Cette distinction est de tous les temps et de tous les pays; elle se retrouve partout où des présomptions de cette nature ont été introduites. C'est ainsi qu'on a toujours considéré comme absolument inattaquable la présomption qui résulte de la chose jugée, quand toutes les voies de recours ont été épuisées. Mais les dénominations dont on s'est servi pour désigner ces deux degrés de présomption n'ont été imaginées que par les docteurs du moyen âge. Ce sont eux qui ont appelé les présomptions du premier degré *juris tantum*, et celles du second degré *juris et de jure*. Menochius explique ces dénominations, en disant que la présomption est *juris* dans les deux cas, puisqu'elle est toujours introduite par la loi, mais qu'elle est *de jure* dans le second seulement, *quia super tali præsumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate*. Ces expressions barbares peuvent être considérées comme

une langue de convention. Bien que le sens en soit clair dans la pratique, nous nous abstiendrons de les employer, le Code ne les ayant pas reproduites. Mais au fond, on a toujours reconnu que certaines présomptions ne doivent pas admettre la preuve contraire. C'est donc bien mal à propos que Toullier (tom. X, n° 42) prête à d'Aguesseau cette singulière opinion, que toutes les présomptions admettent la preuve contraire, parce que ce jurisconsulte, dans son 23[me] plaidoyer, déclare, en général, que l'autorité des présomptions n'est pas absolue. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une question de légitimité, et ce n'est évidemment que sous ce point de vue spécial que d'Aguesseau limitait l'autorité des présomptions légales.

664. L'effet général de la présomption de la loi est de dispenser de toute preuve celui au profit duquel elle existe (Code civ., art. 1352); la preuve se trouve faite à l'avance, mais lorsque la présomption n'est que du premier degré, le seul but que la loi se propose, c'est de faire considérer certains faits comme le signe apparent du droit, par exemple, la possession d'un immeuble comme indiquant la propriété de cet immeuble, la preuve contraire demeurant toutefois admissible. Quelquefois néanmoins la présomption, sans qu'il fût raisonnable de la considérer comme une vérité absolue, a paru trop grave pour pouvoir être ébranlée par toute espèce de preuve. Ainsi, en matière de légitimité, la preuve contraire à la règle que l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari, n'est admise que dans le cas d'impossibilité physique, ou bien dans celui où l'on peut prouver à la fois l'adultère et le recel de la naissance (*ib.*, art. 312 et 313).

665. La présomption du second degré est en général invincible. Mais à quel caractère reconnaître une présomption de cette nature, dans le silence du législateur? Ce point était très-obscur dans l'ancienne doctrine. Les

rédacteurs du Code civil ont essayé de déterminer les cas où la preuve contraire est en effet inadmissible.

« Nulle preuve, » dit le même article 1352, « n'est » admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le » fondement de cette présomption, elle annule certains » actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait « réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur » le serment et l'aveu judiciaires. »

Cette disposition, destinée à faire cesser d'anciennes controverses, est elle-même loin d'être claire, et donne lieu à des difficultés qui partagent les meilleurs esprits. Reprenons successivement les trois points dont s'occupe l'article 1352 : 1° la détermination des cas où la preuve contraire n'est pas admise ; 2° la réserve de certaines exceptions formelles à la règle posée ; 3° la dernière réserve, en ce qui touche le serment et l'aveu judiciaire.

666. Il y a présomption légale absolue, nous dit-on, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice. Les actes ainsi annulés, dont on veut parler, ne sont pas ceux qui sont entachés d'une nullité radicale, comme manquant d'une condition essentielle au fond pour leur validité ; il est clair que la nullité ne résulte pas alors d'une présomption, mais de la force même des choses. Ce ne sont pas non plus ceux qui sont nuls dans la forme ; les nullités de formes résultent de textes impératifs, contre lesquels, dès que les faits sont bien constatés, on ne saurait s'élever sans faire le procès à la loi elle-même. Les actes dont la loi veut parler sont ceux qu'elle déclare nuls (art. 1350, 1°), comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. On aurait pu soutenir que la preuve contraire ne devait pas être repoussée, la justification de la bonne foi étant toujours favorable. Mais le législateur, visant plus à couper court aux procès qu'à rendre une stricte justice, a trouvé plus simple de repous-

ser cette preuve, sauf la restriction dont nous allons bientôt parler. Il en est de même des cas où la loi dénie l'action en justice; ce qui s'applique notamment à la prescription. On a pensé que les controverses devaient avoir un terme. Toutes les fois donc qu'une action est refusée, il y a un intérêt public en jeu, et je ne serais pas reçu à prétendre, par exemple, que je n'avais pas l'intention de renoncer à un droit sur lequel j'ai gardé le silence pendant trente ans. Ces deux natures de présomptions ont pour but de faire respecter les préceptes du droit civil, les autres ne sont que des interprétations de faits ou de volontés, interprétations qui doivent s'effacer devant la démonstration évidente du véritable état des choses ou de la véritable intention des parties. Ainsi, lorsqu'on nous dit que la vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive (art. 1588), il est bien entendu que je serai parfaitement reçu à démontrer que les contractants ont eu une intention contraire.

667. Dans les cas mêmes où nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, l'article 1352 ajoute : *à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire.* On trouve des exemples de cette réserve dans les cas où l'action en justice est déniée. C'est ainsi que la remise de la grosse par le créancier, à la différence de celle du titre original, ne fait foi de la libération que jusqu'à preuve contraire (*ib.*, art. 1283). Mais on n'a pas trouvé de cas où la loi, en annulant certains actes comme présumés frauduleux, déclare la preuve contraire admissible. La restriction de l'article doit être considérée sous ce rapport comme une réserve pour l'avenir, et non comme un renvoi à des textes positifs.

668. Enfin l'article se termine par une réserve plus obscure encore que tout ce qui précède : *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.* On peut donner deux sens à ces expressions. Ou bien, par suite de l'erreur que

nous avons signalée, le législateur considère le serment et l'aveu comme des présomptions dont on doit traiter plus tard, ou bien il les regarde comme des moyens de combattre les véritables présomptions légales, par exception au principe que nulle preuve n'est admise contre elles.

Dans le sens de la première opinion on fait remarquer que, dans l'article 1350, on a déjà rangé mal à propos, mais d'une manière bien positive, l'aveu et le serment parmi les présomptions légales. Or, l'aveu du moins, sinon le serment, est susceptible d'être débattu, et n'est pas dès lors une présomption invincible. Le renvoi aurait pour but de faire remarquer, ainsi que le faisait Pothier (*Oblig.*, n° 842), ce caractère spécial de l'aveu. On ajoute que si la loi avait voulu admettre certaines natures de preuves contre les présomptions légales qui n'admettent pas la preuve contraire, elle s'en serait expliquée plus clairement. Mais cette interprétation nous paraît à la fois inexacte en elle-même, et peu en harmonie avec le texte qu'il s'agit d'expliquer. On ne voit pas trop quelle serait la raison de douter, à laquelle la loi voudrait répondre. Dût-on considérer l'aveu comme une présomption légale, rien n'autoriserait à y voir une présomption légale absolue. De tout temps on a considéré l'aveu comme pouvant être modifié, expliqué, rétracté par la partie qui l'a fait. Où serait donc la nécessité d'une exception pour l'aveu, puisqu'il n'était pas compris dans la règle? Mais ce qui s'explique encore moins dans cette opinion, c'est que la loi mentionne en première ligne le serment décisoire[1], qui lui n'admet jamais la preuve contraire (art. 1363). Inutile pour l'aveu, le renvoi serait un contre-sens en ce qui touche le serment; et il faudrait finir

[1] Il ne peut être question du serment supplétoire, auquel ne s'attache pas la même présomption de vérité, puisque ce n'est qu'un moyen de vérification supplémentaire employé par le juge, avec faculté pour lui de ne pas y subordonner sa décision.

par déclarer, avec certains auteurs, que ces expressions : *sauf ce qui sera dit*, etc., se sont glissées sous la plume du législateur, sans qu'il eût le moins du monde la conscience de ce qu'il écrivait.

Mais nous n'en sommes pas réduits à cette ressource désespérée, véritable abdication de la part de l'interprète. Rappelons-nous qu'on vient de parler de la preuve contraire, qui n'est admise contre les présomptions légales absolues, qu'au cas d'une réserve expresse insérée dans la loi; il est assez naturel de voir dans les mots qui suivent, et qui indiquent grammaticalement une restriction, quelque chose qui modifie la proposition précédente. On considérerait dès lors le serment et l'aveu comme constituant un genre de preuve contraire exceptionnel, qui pourrait être admissible, quand les autres ne le seraient pas. N'est-il pas de principe, en effet, que le serment judiciaire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (*ib.*, art. 1358), que l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait (*ib.*, art. 1356)? Ces deux modes de preuves n'entraînent aucune procédure compliquée, et ils n'offrent aucun danger pour le défendeur, puisqu'ils remettent son sort entre ses mains. Enfin, par le même motif, ils sont parfaitement concluants. Il est donc possible qu'on ait voulu les mettre à part.

On ne prétend pas toutefois, dans le système que nous admettons, que toute présomption légale, quelle qu'en soit la nature, puisse être combattue par l'aveu et par le serment. Ce qu'il faut rechercher, c'est si la loi, en repoussant la preuve contraire, a voulu que la question ne fût pas même agitée, parce que l'ordre public l'exigeait ainsi, ce qui a lieu incontestablement pour l'autorité de la chose jugée; ou bien si elle a voulu seulement empêcher que le résultat du procès ne pût contrarier l'application de ses règles; ce qui a lieu pour les présomptions d'interposition. Quel but a-t-on voulu atteindre dans ce dernier

cas? Qu'on ne puisse éluder la défense d'avantager un incapable, soit; mais on ne voit aucun motif plausible, pour empêcher que la personne prétendue interposée ne puisse établir qu'elle ne l'est pas réellement. Seulement la loi interdit en général cette preuve, craignant qu'elle ne soit elle-même l'œuvre de la fraude; mais, quand la personne prétendue interposée interpelle l'héritier qui demande la nullité de l'avantage, et s'en rapporte à la déclaration de la partie intéressée, quel danger peut courir l'intérêt général? N'est-il pas évident que, lorsque l'héritier refuse de jurer qu'il estime l'interposition véritable, cette déclaration implicite, si désintéressée de sa part, est l'expression de la vérité? Le législateur n'a ici aucun intérêt à empêcher la controverse, puisqu'il ne peut jamais en résulter aucune atteinte aux prohibitions qu'il a établies. Le serment déféré dans les prescriptions courtes, là où la loi dénie l'action en justice, ne repose pas sur une autre base. On n'a pas voulu rendre la preuve impossible, comme en ce qui touche les prescriptions ordinaires, on a seulement présumé le payement; mais il est toujours permis d'interpeller l'adversaire sur la réalité de ce payement. C'est ainsi encore que Justinien (*Instit.*, § 12, *de fideic. hœred.*) dit que les fidéicommis nuls en la forme n'entraîneront pas le rejet absolu de la prétention de la partie qui les invoque, mais qu'ils pourront donner lieu à déférer le serment à l'héritier.

Cette doctrine n'est pas sans doute à l'abri de tout reproche. La distinction des présomptions qui tendent à détruire dans son germe la preuve contraire, et de celles qui n'ont en vue que le résultat de cette preuve, peut paraître assez délicate; mais notre interprétation est, après tout, raisonnable en elle-même, et surtout nous ne voyons pas d'autre moyen de donner un sens à la disposition finale de l'article 1352

DEUXIÈME SECTION.

PRÉSOMPTIONS LÉGALES EN MATIÈRE CRIMINELLE.

669. La croyance à l'intervention journalière et immédiate de la divinité dans les événements humains, se combinant avec la difficulté d'obtenir des preuves directes de la culpabilité, dans un temps où l'administration et la police judiciaires étaient à peu près nulles, a amené dans les siècles barbares l'introduction de certaines épreuves, plus ou moins arbitraires, d'où l'on faisait dépendre l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

670. On retrouve l'appel au jugement de Dieu dans l'Inde et dans la Grèce. « Nous étions tout prêts à saisir » de nos mains des fers rouges, » dit, dans l'Antigone de Sophocle, le garde du tombeau de Polynice (v. 264), « à passer par le feu, et à prendre les dieux à témoins » que nous n'avions pas fait cette chose, que nous n'étions » pas de complicité avec celui qui l'a méditée ou qui l'a » faite. » La sévère raison des Romains paraît les avoir mis à l'abri de ces superstitions. On trouve bien à Rome des légendes, telles que celle de la Vestale, qui prouva sa chasteté, en attirant par sa ceinture le vaisseau qui apportait d'Asie la statue de la *bonne déesse*. Mais il n'existe à notre connaissance aucun fait officiellement constaté, qui prouve que les Romains aient jamais fait usage de preuves de cette nature dans la pratique judiciaire.

671. Les *ordalies* (du mot allemand *urtheil*, jugement) se sont singulièrement multipliées au moyen âge, sous l'in-



fluence des idées germaniques. On connaît les épreuves de l'eau, du feu, du fer rouge, etc., par lesquelles on était admis à se justifier des crimes les plus énormes. Dans la plupart de ces ordalies, le succès paraît impossible, et cependant l'histoire atteste que beaucoup d'accusés s'en sont tirés à leur honneur. Il faut donc, ou bien croire à de perpétuels miracles, ou bien admettre que quelques pieuses supercheries permettaient de se soustraire à un danger plus grave en apparence qu'en réalité. Quoi qu'il en soit, l'épreuve qui paraît s'être maintenue le plus tard, c'est celle du cercueil, dont on trouve encore des exemples au seizième siècle. Lorsqu'on n'avait pu découvrir l'auteur d'un assassinat, on obligeait tous ceux qui étaient soupçonnés d'y avoir participé à venir toucher le corps de la victime, exposé sur un cercueil. Si le cadavre était mis en contact avec le meurtrier, il devait laisser échapper quelques gouttes de sang. Cette épreuve, qui devait agir vivement sur les imaginations, était loin d'être sans danger pour l'innocence. La cruentation, qui paraît en effet s'être quelquefois opérée, peut s'expliquer, lorsque la mort est encore récente, par des causes naturelles, notamment par l'action du grand air. Dans les derniers temps, lorsque des doutes commencèrent à s'élever sur l'origine du phénomène, on donna à l'épreuve un digne complément, la question préparatoire !

672. De toutes les institutions judiciaires du moyen âge, celle qui a laissé plus de traces dans les mœurs de l'Europe moderne, puisque évidemment le duel en dérive, c'est le combat judiciaire. Par une singulière combinaison de l'esprit guerrier et de l'esprit légiste, cette épreuve avait été revêtue des formes les plus régulières, le combat s'appliquait systématiquement à toutes les phases de la procédure. On se battait avec l'accusé, on se battait avec les juges, quand on se plaignait de *défaute de droit*; puis, si

on avait vaincu le juge sur le rescindant, il fallait se battre de nouveau avec l'adversaire sur le rescisoire. On combattait même avec les témoins. Toutefois ceux-ci pouvaient éviter d'engager leurs personnes, en faisant la déclaration suivante (Beaumanoir, ch. VI, § 16): « Je ne me bée pas à » combatre por vostre querele, ne à entrer en plet au mien, » et se voz m'en volés deffendre, volontiers dirai me vérité. »

Le combat judiciaire fut un progrès dans l'origine; il donna des règles fixes aux guerres privées, qui étaient le seul mode d'administration de la justice pénale dans les forêts de la Germanie. Nous avons vu (n° 317) les Lombards le réclamer à grands cris, pour remplacer le serment, qui était en quelque sorte l'épreuve des lâches. Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 28, ch. 17) justifie cette institution d'une manière fort ingénieuse : « La preuve » par le combat singulier avait quelque raison fondée sur » l'expérience. Dans une nation uniquement guerrière, » la poltronnerie suppose d'autres vices; elle prouve qu'on » a résisté à l'éducation qu'on a reçue, et que l'on n'a » pas été sensible à l'honneur, ni conduit par les prin» cipes qui ont gouverné les autres hommes; elle fait » voir qu'on ne craint point leur mépris, et qu'on ne fait » point de cas de leur estime : pour peu qu'on soit bien » né, on n'y manquera pas ordinairement de l'adresse » qui doit s'allier avec la force, ni de la force qui doit » concourir avec le courage; parce que, faisant cas de » leur honneur, on se sera, toute sa vie, exercé à des » choses sans lesquelles on ne peut l'obtenir. De plus, » dans une nation guerrière, où la force, le courage et » la prouesse sont en honneur, les crimes véritablement » odieux sont ceux qui naissent de la fourberie, de la fi» nesse et de la ruse, c'est-à-dire, de la poltronnerie. » On sait qu'en France l'œuvre de l'abolition du duel judiciaire, commencée par saint Louis, fut achevée chez nous

dans le quatorzième siècle. En Angleterre, ce duel n'a disparu de la législation qu'en 1819.

673. Aujourd'hui qu'il ne peut plus être question de faire dépendre ainsi la culpabilité ou l'innocence de circonstances qui n'ont aucun trait, au fond, à la réalité du délit, il semble que les présomptions, en matière criminelle, devraient toujours être abandonnées à l'appréciation du juge. Rien ne semble plus opposé que de pareilles présomptions à l'essence de la justice pénale, qui ne doit pas frapper au hasard, mais en parfaite connaissance de cause. Et cependant le droit pénal a ses présomptions propres; et de plus, les présomptions légales du droit commun y reçoivent leur application.

§ 1. Présomptions propres au droit pénal.

674. Souvent la loi pénale conclut *à priori*, de l'existence de certains faits qui rendent le délit vraisemblable, à l'existence même du délit. Mais la légitimité d'une présomption aussi grave est subordonnée à deux conditions : 1° que le fait constaté emporte certitude morale du fait incriminé par la loi; 2° que le fait constaté soit lui-même imputable. Ces deux conditions se trouvent réunies dans le cas prévu par l'article 61 du Code pénal, qui punit, comme complices des malfaiteurs exerçant des violences contre la paix publique, ceux qui, connaissant leur conduite criminelle, leur fournissent habituellement une retraite. Le fait de loger habituellement les malfaiteurs rend éminemment vraisemblable une coupable association. Ce fait est parfaitement imputable; la loi, en le frappant, ne fait qu'aggraver la pénalité d'un acte déjà répréhensible en lui-même. C'est là de la rigueur peut-être; mais ce n'est pas de l'iniquité.

On peut justifier de même la disposition de la loi du 21 brumaire an V (tit. III, art. 2), qui répute coupable de trahison tout militaire qui, en présence de l'ennemi, aura poussé des clameurs tendant à jeter l'épouvante et le désordre dans les rangs. La vraisemblance d'une intelligence criminelle avec l'ennemi justifie l'application de la peine capitale à un fait qui, par lui-même, est déjà d'une extrême gravité.

675. Il y aurait au contraire injustice flagrante à réputer complice d'un vol celui chez qui l'objet volé serait trouvé, ainsi qu'on le faisait à Rome pour la réparation civile du délit. Présumer la culpabilité, à raison de circonstances qui peuvent n'être que fortuites, c'est là une marche grossière, qui appartient à l'enfance du droit pénal. Nos lois suivent cependant encore cette marche, lorsqu'elles punissent sévèrement le mendiant ou vagabond qui, porteur d'effets d'une valeur supérieure à cent francs, ne peut justifier d'où ils lui proviennent (Code pén., art. 278); mais c'est là une disposition exceptionnelle, qui ne s'explique que par la défaveur de l'inculpé. En tout cas, ces présomptions, bien qu'elles soient susceptibles de critique, doivent être respectées, lorsqu'elles émanent de la loi; mais elles ne sauraient résulter d'un acte du pouvoir exécutif. On doit donc considérer comme illégale la disposition de l'article 14 de l'arrêté du 6 frimaire an XI, qui déclare complices de la contrebande à main armée, et punissables de mort, ceux qui auraient un intérêt dans l'entreprise de contrebande, dont les opérations auraient donné lieu à des violences; il y a longtemps qu'on a renoncé à faire usage dans la pratique de cette disposition monstrueuse. L'utilité sociale, que les présomptions légales tendent à protéger, peut élever le tarif de la peine portée contre un coupable; mais elle ne saurait justifier l'application d'un châtiment à une personne peut-être parfaitement innocente, à rai-

son de l'intérêt qu'elle peut avoir à la perpétration du délit.

676. La présomption peut aussi porter sur l'intention criminelle, en supposant tout ce qui constitue l'infraction prouvé, sauf cet élément essentiel de la culpabilité. C'est ce qui arrive, lorsque le fait n'est pas moralement susceptible de recevoir deux interprétations. Ainsi, celui qui livre une forteresse à l'ennemi, ou bien celui qui substitue *dix mille francs* à *mille francs* sur le billet dont il est porteur, aurait mauvaise grâce à sommer l'accusation de lui prouver qu'il a agi avec une intention criminelle. *Res ipsa in se dolum habet*, comme disaient les anciens criminalistes; les faits parlent d'eux-mêmes. Dès qu'ils ont été commis librement, ils supposent forcément une coupable intention, sauf le cas de folie, qu'il faudrait démontrer (Voir M. Rossi, *Droit pénal*, chap. XXIV). Si, au contraire, le fait n'est pas de nature à impliquer nécessairement cette intention, alors on devra établir qu'il a été commis sciemment. Ainsi, le pharmacien qui aura fourni une substance vénéneuse, de l'emploi de laquelle sera résulté un empoisonnement, ne sera pas présumé avoir agi avec connaissance de cause.

677. Il y a donc deux applications spéciales très-légitimes des présomptions légales aux matières criminelles. La première a lieu, quand on présume l'existence du fait illicite, à raison de la constatation d'un autre fait, qui le rend très-probable; mais alors il faut, en général, que le second fait soit lui-même imputable. La seconde a lieu, quand on présume l'intention à raison de la nature de l'acte, qui serait inexplicable, s'il n'avait pas un but criminel. Cette seconde nature de présomption est tellement conforme à la raison, que la conviction morale et la preuve légale s'y trouvent en parfaite harmonie. Il n'en est pas toujours de même de la première; mais la loi est impérative, et il faut s'y soumettre.

§ 2. Présomptions du droit commun.

678. Lorsque la loi civile conclut de certains points connus, à l'existence d'autres points qui sont inconnus, par exemple, du fait que l'enfant a été conçu pendant le mariage, à la paternité du mari; ou bien, en sens inverse, lorsqu'elle présuppose la non-existence de certains faits, en défendant de les constater, comme elle le fait pour la paternité naturelle, et pour la filiation incestueuse ou adultérine; ces dispositions exorbitantes doivent-elles, en toute hypothèse, être appliquées devant les juridictions criminelles? On peut invoquer, en faveur de l'affirmative, le principe, constant aujourd'hui dans la jurisprudence de la cour de cassation et d'ailleurs parfaitement raisonnable, que les règles sur la preuve doivent être partout les mêmes. C'est ainsi que la preuve testimoniale n'est pas plus admissible devant un tribunal correctionnel que devant un tribunal civil, lorsqu'il s'agit de constater un dépôt ou un mandat relatif à une valeur de plus de cent cinquante francs. Dès lors, dira-t-on, lorsque, déterminé par des motifs d'ordre supérieur, le législateur nous ordonne de croire certains faits, et nous défend d'en rechercher certains autres, il n'a pas en vue telle ou telle application particulière, mais les débats judiciaires en général. Nous sommes loin de contester le principe que les règles de la loi civile sur la preuve sont communes à toutes les juridictions, et c'est en vertu même de ce principe que nous venons de reconnaître, en matière pénale, la foi qui s'attache aux écrits en bonne forme. Mais, il faut en convenir, les présomptions légales reposant sur une supposition faite *à priori*, sont toujours plus ou moins arbitraires, et ne font pas naître dans l'esprit du juge la même conviction que les

preuves proprement dites. Or, peut-on se contenter au criminel d'une conviction imparfaite, fondée sur des considérations générales, et non sur les circonstances de la cause, du moins lorsqu'il s'agit de condamner ? Dès lors, une distinction ne devient-elle pas nécessaire ?

Toutes les fois que la présomption légale sera favorable à l'accusé, quand, par exemple, une recherche prohibée par le droit civil tendra à lui faire encourir une peine plus rigoureuse, comme si on voulait établir que celui qui a commis un simple meurtre était le fils naturel de sa victime, afin de faire prononcer contre lui la peine du parricide, au lieu de celle des travaux forcés à perpétuité (Code pén., art. 299, 302 et 304) ; nul doute qu'une pareille prétention ne dût être repoussée. Ce n'est pas pour créer en quelque sorte arbitrairement des crimes et des coupables, qu'il convient de s'écarter de la marche ordinaire, et d'en revenir à des investigations, dont le législateur a supposé, à tort ou à raison, que l'incertitude égalait le scandale. Mais les choses se présentent sous une tout autre face, si c'est contre l'accusé que milite la présomption légale, et que l'instruction révèle des circonstances de nature à faire moralement disparaître cette présomption, bien que l'on ne soit pas dans une hypothèse où la preuve contraire est admise. Ainsi, supposons que le meurtre dont nous parlons ait été commis sur le mari de la mère de l'accusé, présumé son père en vertu de l'article 312 du Code civil. Il peut ne se trouver dans aucun des cas de désaveu, il n'a pas qualité pour attaquer lui-même sa légitimité, enfin les délais seront presque toujours expirés. Mais la conduite et la position de la mère ne peuvent-elles pas être telles, qu'il soit moralement certain que l'enfant n'appartient pas au mari ? n'est-il pas possible que la cause même de la haine qui existait entre l'enfant et son père putatif tienne à la notoriété d'une

filiation adultérine ? Dans une législation qui, comme la nôtre, ne permet pas de désavouer les enfants conçus pendant la séparation de corps, pourvu que leur naissance n'ait pas été cachée, le vice d'adultérinité peut trop souvent être flagrant, bien qu'il ne soit pas permis de le constater. Mais si, dans l'ordre civil, un désir peut-être exagéré d'assurer le repos des familles, et d'étouffer le scandale, a fait adopter des dispositions singulièrement restrictives en matière de désaveu, il faut convenir que transporter aveuglément ce système dans les questions criminelles, afin de créer un parricide fictif, ce serait revenir par une autre voie à l'ancienne théorie des preuves légales, dans ce qu'elle avait de plus déplorable.

Nous pensons donc, quelque hasardée que puisse paraître notre opinion, et en convenant qu'il ne faudra l'appliquer qu'avec une extrême réserve, que les présomptions légales, lorsque l'existence d'un des éléments du délit ne reposera que sur elles, ne seront jamais contre l'accusé des présomptions absolues, et qu'il sera toujours reçu *ex magna et probabili causa* à administrer la preuve contraire. Il ne s'agira pas, après tout, de détruire complétement la présomption de la loi, mais seulement de faire naître des doutes assez graves, pour qu'il ne soit plus moralement possible de condamner. On ne doit, il faut en convenir, s'écarter qu'à la dernière extrémité du principe qui met en harmonie la loi civile et la loi criminelle, sous le rapport de la preuve; mais, quelque fâcheux que soit ce désaccord, il serait bien autrement déplorable de faire tomber une tête en vertu d'une fiction légale.

TROISIEME SECTION.

AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE.

679. Une présomption légale qui est le principe fondamental de la jurisprudence, c'est celle qui fait considérer les jugements comme la vérité même, lorsque toutes les voies de recours pour les attaquer ont été épuisées. Le plus bel hommage qui ait jamais été rendu à cette règle salutaire, c'est la mort de Socrate, aimant mieux subir une condamnation injuste que de donner le funeste exemple de la désobéissance aux lois de son pays.

680. L'expression de *chose jugée* a ici un sens plus large que celui qu'on lui attribue en procédure, lorsqu'on dit qu'une décision est passée en force de chose jugée. On veut seulement dire alors que cette décision n'est plus susceptible de recours par les voies ordinaires, et que dès lors la partie adverse n'a plus aucun moyen d'en arrêter l'exécution (voir cependant Code de proc., art. 478). Mais, en ce qui touche la présomption de vérité d'un jugement, il est clair que cette présomption n'est invincible qu'autant qu'il n'existe plus de mode de recours, soit ordinaire, soit extraordinaire, dont on puisse se prévaloir pour l'attaquer.

Cette importante présomption se rattachant au fond du droit, autant qu'à la preuve, les règles sur l'effet des jugements, c'est-à-dire sur les personnes et sur les objets auxquels elle s'applique, reposent sur les mêmes bases que les règles sur l'effet des conventions. On l'a souvent

dit avec raison, *judiciis contrahimus*. Les bornes et le plan de cet ouvrage ne comportent qu'une exposition succincte des doctrines sur la chose jugée, qui feraient à elles seules la matière d'un livre.

681. Nous nous occuperons, suivant notre usage, d'abord de la juridiction civile, puis de la juridiction criminelle; nous terminerons par l'examen de l'influence que peuvent exercer les jugements civils sur les jugements criminels, et réciproquement.

PREMIÈRE DIVISION.

CHOSE JUGÉE AU CIVIL.

682. La fiction nécessaire à la conservation de l'ordre social, qui fait considérer la chose jugée comme étant la vérité, n'est légitime qu'à condition de ne jamais dépasser les limites de la question qui a été posée par le juge. Au delà, il n'y a plus d'autorité de la chose jugée, par cette raison bien simple qu'il n'y a plus de jugement. « L'autorité de la chose jugée, » dit l'article 1351, « n'a » lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement; » il faut que la chose demandée soit la même; que la de» mande soit fondée sur la même cause; que la demande » soit entre les mêmes parties, et formée par elles et » contre elles en la même qualité. »

683. La sagesse des jurisconsultes romains avait déterminé depuis longtemps les éléments auxquels il faut s'attacher, lorsqu'on veut comparer la question qui s'agite actuellement avec une question déjà résolue par une décision inattaquable. *Cum quæritur* (l. 12, 13 et 14, ff., *de except. rei jud.*), *hæc exceptio* [1] *noceat, necne, inspiciendum est an idem corpus sit; quantitas eadem, idem jus; et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum; quæ nisi omnia concurrunt, alia res est.* C'est ce que Nera-

[1] Dans le Digeste, le moyen que le défendeur tire de la chose jugée, n'est jamais présenté que comme une exception; tandis que, dans l'ancien droit, certains *judicia legitima* détruisaient directement l'action (Gaius, comm. IV, § 107). Mais il n'y avait plus de *judicia legitima* du temps de Justinien, la procédure provinciale se trouvant généralisée; et

tius résume d'une manière plus brève sous ces trois chefs : *Personæ, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis.* Ces règles en elles-mêmes sont incontestables, car elles ne sont que l'expression de la raison universelle. Mais leur application soulève quelquefois des difficultés assez graves. Nous allons reprendre successivement les conditions essentielles pour que la chose jugée soit applicable :

1° L'identité de la chose demandée;

2° L'identité de la cause de la demande;

3° L'identité des parties, et des qualités des parties.

§ 1. Identité de la chose demandée.

684. L'identité de la chose ne doit pas s'entendre trop littéralement. Ainsi, on n'exige pas l'identité absolue des éléments qui la composent, lorsqu'il s'agit d'un être moral. Les changements ou diminutions qui s'opèrent dans un troupeau, n'en changent pas la substance, et ne permettent pas d'intenter une action nouvelle à celui qui a déjà succombé dans une demande en revendication (Pomp., l. 21, § 1, ff., h. t.).

La partie est du reste contenue dans le tout. Ainsi je ne serai pas reçu davantage, dans la même espèce, à revendiquer une tête de ce troupeau, si c'est comme propriétaire du troupeau que je la réclame. Et peu importe que l'animal auquel je prétends aujourd'hui, n'ait pu être positivement l'objet de ma première demande, parce qu'il n'était pas né; il y était virtuellement compris. Car il est impossible de réclamer, sans violation de la chose jugée,

les compilateurs n'ont admis dès lors qu'une *exceptio rei judicatæ*. Il eût été beaucoup plus simple, au contraire, de faire toujours produire à la chose jugée un effet direct, et c'est ce que nous devons admettre aujourd'hui, bien que beaucoup d'auteurs répètent encore, sans s'en rendre compte, la vieille expression d'*exception* de la chose jugée.

les fruits qui proviennent ultérieurement d'un objet auquel il est légalement certain que je n'ai aucun droit (Ulp., l. 7, § 1, ff., h. t.).

685. La relation de tout à partie peut ne pas être matérielle, mais seulement intellectuelle, comme lorsqu'il s'agit d'un démembrement de la propriété. Ainsi, après avoir échoué pour la propriété d'un bien, je ne pourrai demander l'usufruit du même bien, comme partie intégrante du droit de propriété, ce que les commentateurs ont appelé l'usufruit *causal*. Mais rien ne m'empêchera de réclamer l'usufruit proprement dit, l'usufruit *formel*, parce qu'en le réclamant, je reconnais par cela même que la propriété appartient à autrui (arr. de rejet du 21 vendémiaire an XI). De même, bien que la propriété indivise ne soit qu'une fraction de la propriété complète, un arrêt de cassation du 14 février 1831 veut avec raison que le jugement qui décide que je n'ai pas la propriété distincte et exclusive d'un immeuble, n'ait pas l'autorité de la chose jugée, quant à la demande que je forme ultérieurement, afin de me faire reconnaître un droit de propriété commune et indivise dans ce même immeuble. Ce second droit est d'une tout autre nature que le premier; il faudra donc toujours rechercher si le démembrement que je réclame n'est qu'une fraction du droit plus étendu à l'égard duquel j'ai déjà succombé, ou s'il constitue un droit *sui generis*, auquel le premier jugement n'a pu porter atteinte.

686. La chose jugée au possessoire n'a pas d'effet au pétitoire. Si, dans l'espèce inverse, il n'est pas permis de revenir au possessoire (Code de proc., art. 26), ce n'est pas que la question possessoire ait pu être jugée par le tribunal civil, mais c'est que je suis censé avoir renoncé à l'avantage de la possession, en plaidant sur le fond, supposition qui n'était pas admise à Rome (Ulp., l. 12, § 1, ff., *de adq. poss.*).

§ 2. Identité de la cause de la demande.

687. Je puis réclamer identiquement le même objet pour lequel j'ai déjà succombé, sans qu'on soit en droit de m'opposer la chose jugée, lorsque la cause de ma demande n'est plus la même. Bien des titres, en effet, sont de nature à justifier un droit de propriété ou de créance, et, de ce qu'un seul ne se trouve pas fondé, il n'y a aucune conclusion à tirer par rapport aux autres. Toutefois, dans la procédure romaine, il fallait distinguer, sous ce point de vue, entre les actions réelles et les actions personnelles. Celui qui avait intenté une action réelle sans faire aucune restriction (*si paret hanc rem ex jure quiritium Auli Agerii esse*), s'il intentait ensuite la même demande à un autre titre, était repoussé, parce qu'il avait été jugé d'une manière absolue que la chose ne lui appartenait pas. On ne courait pas le même danger dans les actions personnelles. La même chose pouvant m'être due plusieurs fois par la même personne pour des causes différentes, le rejet de la prétention du demandeur, quand il s'agissait d'une créance, n'avait jamais qu'une effet relatif : *Actiones in personam*, dit Paul (l. 14, § 2, ff., *de except. rei jud.*), *ab actionibus in rem in hoc differunt : quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest; sæpius autem deberi potest.*

La même difficulté ne peut guère s'élever aujourd'hui, puisque l'article 61 du Code de procédure exige que l'exploit d'ajournement contienne l'exposé sommaire des moyens, et que dès lors la nature de la cause alléguée se trouve toujours désignée dès le début de la procédure.

Mais, lors même que les moyens n'auraient pas été mentionnés dans l'origine, et que la nullité de l'exploit aurait été couverte, faute d'être proposée *in limine litis*, il suffirait que les moyens ressortissent du jugement, pour qu'on pût apprécier après coup quelle était la prétention du demandeur. L'opinion qui voudrait le considérer comme déchu de tout droit à la propriété, à quelque titre que ce fût, parce qu'il se serait dit propriétaire, sans énoncer dès l'abord le titre spécial qu'il devait faire valoir, serait rejetée aujourd'hui comme une pure subtilité.

689. La cause dont veut parler ici la loi, ce n'est pas la base générale de l'action, par exemple, si la contestation porte sur un testament, la nullité de ce testament, mais la cause spéciale pour laquelle on l'attaque. C'est en ce sens que cette cause est appelée par les jurisconsultes romains *causa proxima actionis* (Ulp., l. 27, ff., *ib.*). Ainsi la cour de Pau a décidé le 19 mars 1834 que celui qui avait vainement attaqué un testament fait par un Français naturalisé sans autorisation, en invoquant la confiscation prononcée par le décret de 1811, était recevable à attaquer ce même testament, comme fait par une personne privée en vertu du même décret de la faculté de tester.

690. Mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie, et confondre avec la cause de la demande les moyens employés pour justifier de l'existence de cette cause ; autrement, les procès se multiplieraient à l'infini. Il est évident d'abord, que je dois être repoussé, si je me propose d'établir identiquement la même chose, en employant de nouvelles preuves, fussent des titres récemment recouvrés ; sauf, en ce dernier cas, la ressource de la requête civile, s'il y avait eu dol de la part de l'adversaire, d'après l'article 480, 4° du Code de procédure. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 14 janvier 1839 ne permet pas d'articuler des faits nouveaux pour prouver la fraude de l'adversaire,

quand la question de fraude a déja été résolue négativement. Bien plus, je dois être déclaré non recevable, lors même que la question spéciale n'est plus identique, comme si, après avoir succombé dans la demande en nullité d'un acte notarié, fondée sur ce qu'un des témoins était mineur, je demande de nouveau la nullité par le motif qu'un des témoins n'était pas Français (arr. de rej. du 3 février 1818). Car la cause de ma demande n'était pas un vice de forme spécial, mais la nullité pour défaut de formes; c'était à moi à étudier le testament sous toutes ses faces. Il faut décider également qu'un contrat attaqué inutilement pour cause de dol, ne peut plus l'être ultérieurement pour cause d'erreur ou de violence. La cause de ma demande était la rescision pour vices du consentement; l'allégation de l'erreur, du dol et de la violence ne constituait qu'un moyen. La jurisprudence se trouve placée ici entre deux écueils: il ne faut, ni remonter à la cause la plus éloignée de la demande, de manière à faire porter la décision judiciaire sur des points tout autres que celui qui avait été jugé; ni pourtant considérer comme autant de causes diverses, les moyens de détail qui peuvent être employés à l'appui des conclusions, de manière à multiplier indéfiniment les procès.

691. Si la diversité des moyens n'entraîne pas diversité de cause, il faut reconnaître aussi que l'on ne peut intenter une action nouvelle, lorsqu'elle tend au même but. Les jurisconsultes romains, qui attachaient cependant tant d'importance à la distinction des actions, ont bien reconnu qu'en pareille hypothèse, il faut s'attacher au fond des choses plutôt qu'à la forme. *De eadem re agere videtur*, dit Ulpien (l. 5, ff., *ib.*), *et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat : sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re. Ut puta, si quis mandati acturus, cùm ei adversarius judicio sistendi causa promisisset, propter eamdem rem agat*

negotiorum gestorum, vel condicat, de eadem re agit. C'est ainsi qu'un arrêt de rejet du 9 avril 1836 a repoussé la prétention d'un vendeur d'effets mobiliers, qui, après avoir échoué dans l'action en revendication, voulait exercer l'action en résolution de la vente. Ces deux actions, différentes dans leur exercice, n'ont qu'une même cause, le défaut du payement du prix. Il ne faut pas conclure de là qu'on doive admettre aujourd'hui dans toute son étendue l'ancienne maxime : *electa una via, non datur regressus ad alteram.* Il en est ainsi, sans doute, quand les deux actions sont fondées sur la même cause; mais rien ne m'empêche d'arriver au même but par une autre voie, quand je me fonde sur une cause toute différente. C'est ainsi qu'un arrêt de cassation du 5 avril 1831 a jugé qu'on ne peut rejeter *de plano* la demande en collocation d'un créancier, qui, après avoir succombé en invoquant dans un ordre sa propre hypothèque, se présente de nouveau en invoquant l'hypothèque d'un tiers, à laquelle il se dit subrogé.

§ 3. Identité des parties et des qualités.

692. Rien de plus raisonnable que le principe posé par Paul, dans ce texte devenu célèbre (l. 16, ff., *qui pot. in. pign.*) : *res inter alios judicata aliis prodesse aut nocere non solet.*

L'application de ce principe ne donne lieu à aucune difficulté, lorsqu'il s'agit d'une personne complétement étrangère à celle contre laquelle le jugement a été rendu. Et, lors même que la personne physique qui plaide est la même, si la qualité a changé, comme si je réclame en mon propre nom ce que j'avais déjà réclamé vainement au nom de mon pupille, il est évident que je suis une partie nouvelle, et qu'on ne peut m'opposer l'autorité de la chose jugée contre moi, quand je n'agissais que comme

représentant d'autrui. Il n'y aura question sérieuse que lorsqu'on prétendra que celui à qui on oppose le premier jugement, et qui n'y a pas figuré, s'y trouvait virtuellement partie, comme étant l'ayant-cause de ceux qui ont succombé; ou, en sens inverse, lorsque celui qui invoque un jugement qui n'est pas rendu en sa faveur, se présentera comme l'ayant-cause du demandeur qui a triomphé.

693. Le représenté peut incontestablement invoquer les jugements qui ont été rendus contre son représentant, par exemple, contre un mandataire, que le mandat soit conventionnel ou bien légal, tel que celui d'un tuteur ou autre administrateur. C'est pour ce motif qu'on peut appliquer activement et passivement aux successeurs à titre universel les jugements qui ont été rendus contre leur auteur.

694. Quant aux successeurs à titre particulier, ils ne peuvent invoquer, et on ne peut invoquer contre eux que ce qui a été jugé avec leur auteur antérieurement à l'événement qui leur a transféré ses droits en tout ou en partie (arr. de rej. du 11 mars 1834 et du 26 mars 1838). Il en est des décisions judiciaires, comme des conventions, qui ne sauraient avoir d'effet à l'égard des tiers nantis d'un droit réel sur l'immeuble, que si elles sont antérieures à la constitution de ce droit réel. La jurisprudence admet cette décision sans difficulté toutes les fois qu'il s'agit d'un tiers acquéreur (arrêts cités).

695. Il y a au fond même raison de décider, en ce qui touche les créanciers dont l'hypothèque est antérieure au jugement qui a évincé leur débiteur. C'est ce que Papinien décidait formellement (l. 29, § 1, ff., *de except. rei jud.*) : *creditor in locum victi successisse non videbitur, cùm pignoris conventio sententiam præcesserit*. Cette décision est reproduite par Pothier (*Oblig.*, n° 905). Mais on trouve,

dans la pratique, que l'obligation de mettre en cause tous les créanciers hypothécaires du défendeur est extrêmement gênante. On n'admet en conséquence, sauf le cas de fraude, la réclamation de ces créanciers contre la chose jugée, que s'ils ont à faire valoir des moyens personnels que le débiteur n'avait pas le droit d'opposer : ce qui rentre dans le cas où la demande repose sur une cause nouvelle (comp. les arrêts de rej. du 3 juillet 1831 et du 9 décembre 1835). Il faut avouer que cette opinion est plus utile que logique.

696. Si l'acheteur est tenu des décisions rendues contre son vendeur, antérieurement à la date de l'acte translatif, il n'est pas vrai, à l'inverse, que le vendeur soit tenu des décisions rendues contre l'acheteur, au cas, par exemple, où il aurait obtenu la résolution de la vente pour défaut de payement du prix. Car le jugement rendu contre le successeur n'est pas rendu contre l'auteur. *Julianus scribit* (l. 9, § 2, *ib.*) *exceptionem rei judicatæ a persona auctoris ad emptorem transire solere, retro contra, ab emptore ad auctorem reverti non debere*. Et on ne peut pas dire que le vendeur, en reprenant l'immeuble, se soit rendu l'ayant-cause de l'acheteur, puisque la condition résolutoire efface tous les droits qui ont pu naître du chef de ce dernier. Toutefois, cette résolution n'existe que pour celui en faveur de qui elle a été établie. Le vendeur peut très-bien s'emparer des décisions favorables rendues vis-à-vis de l'acheteur, et, sous ce rapport, se considérer comme son ayant-cause. C'est à la partie qui veut obtenir un succès solide, à faire mettre en cause le vendeur non payé. Cette nécessité de faire rendre une déclaration de jugement commun, comprenant tous ceux qui peuvent avoir sur le bien des droits, même conditionnels, peut donner lieu à de graves embarras dans la pratique, quant aux droits qui ne sont pas connus, et qu'il est souvent même impossi-

ble de connaître, tels que les servitudes non apparentes. C'est là un nouvel argument en faveur du système qui exige la publicité des droits réels.

697. Il est vrai qu'on arriverait à d'autres conséquences, en adoptant la jurisprudence qui, préoccupée de l'utilité pratique plutôt que de la déduction rigoureuse des principes, considère comme valables les actes d'aliénation consentis par un héritier apparent. On étendrait peut-être l'application de cette doctrine exorbitante, créée d'abord pour le prétendu héritier, à tout propriétaire apparent, et on en viendrait à décider, comme l'ont fait plusieurs arrêts (voir notamment ceux de la cour de Pau du 4 juillet 1823, et de la cour de Paris du 3 mars 1829), que la chose jugée avec le propriétaire apparent peut être opposée au véritable propriétaire. En s'attachant à ce système, on pourrait à plus forte raison maintenir vis-à-vis du propriétaire, sous condition suspensive, la décision rendue contre le propriétaire sous condition résolutoire, puisqu'on admet que celui-là même qui n'a aucune espèce de droit peut plaider, pourvu qu'il ait des droits apparents.

Mais, tout en reconnaissant les vices de la législation existante, vices qu'on a voulu atténuer en faisant du propriétaire apparent un propriétaire incommutable vis-à-vis des tiers, nous ne voyons rien dans la loi qui justifie cette transformation du fait en droit. Il nous semble d'ailleurs que les caractères légaux auxquels on peut reconnaître l'héritier ou le propriétaire apparent, n'étant définis nulle part, les tiers détenteurs n'obtiennent pas, même sous l'empire de la jurisprudence actuelle, la sécurité qu'on veut leur assurer, puisqu'on ne valide pas indistinctement tous les actes faits par un possesseur quelconque, mais seulement ceux qui émanent d'un possesseur dont le titre est plus ou moins *coloré*. Repoussant le prin-

cipe, nous repoussons la conséquence, et nous ne pouvons accorder au possesseur le pouvoir de représenter le propriétaire, pas plus lorsqu'il plaide que lorsqu'il contracte [1]. Seulement, lorsque le propriétaire aura traité avec le possesseur, comme lorsqu'il s'agira d'une condition résolutoire, il aura la faculté de se faire considérer comme son ayant-cause, à l'effet de profiter des décisions rendues en sa faveur; tandis que, si aucun lien ne rattache le propriétaire à celui qui occupe le fond, la chose jugée à l'égard de ce dernier sera complétement *res inter alios acta* à l'égard du propriétaire.

698. Ce qui est incontestable, c'est que les créanciers chirographaires, en matière de jugements comme en matière de conventions, sont tenus des faits de leur débiteur. Ils peuvent cependant former tierce opposition aux décisions qui auraient été rendues en fraude de leurs droits, en vertu du principe (Code civ., art. 1167) qui les autorise en général à faire tomber les actes frauduleux. Mais cette exception ne fait que confirmer la règle.

699. Lorsque plusieurs personnes sont intéressées dans une même affaire, comme plusieurs copropriétaires ou plusieurs codébiteurs, ce qui est jugé à l'égard de l'un ne l'est pas à l'égard des autres, car ils ne sont pas ayant-cause les uns des autres : il n'y a pas entre eux filiation, mais seulement juxtaposition d'intérêts.

700. Il en est autrement, si l'un des intéressés s'est rendu responsable des faits de l'autre. Telle est la position de la caution relativement au débiteur principal. On décide encore aujourd'hui, comme le décidait Pothier (*Oblig.*, n° 909), qu'elle est tenue des condamnations rendues con-

[1] Il en serait autrement, s'il y avait eu une contre-lettre ; c'est qu'alors la condition résolutoire ne produit aucun effet à l'égard des tiers, qui ne doivent pas être induits en erreur par le fait de celui qui prétend aujourd'hui l'invoquer à leur préjudice (voir n° 399).

tre le débiteur. Mais on ajoute avec raison qu'elle peut toujours opposer les moyens qui lui sont personnels, comme la nullité du cautionnement, moyens que le débiteur principal ne pouvait opposer (arr. de cass. du 27 novembre 1811). Mais on doit reconnaître, à l'inverse, que les jugements rendus contre la caution ne peuvent nuire au débiteur principal, qui n'est nullement garant vis-à-vis le créancier de la conduite de la caution. Seulement, puisque le serment déféré à la caution, lorsqu'il est déféré sur la dette, profite au débiteur principal (Code civ., art. 1365), il semble raisonnable de lui permettre également d'invoquer les décisions favorables rendues, sur le fond de la dette, au profit du fidéjusseur. Celui-ci est le mandataire du principal obligé, non pour empirer sa condition, mais pour l'améliorer.

701. Un créancier solidaire est également un mandataire dont le mandat peut profiter à ses cocréanciers solidaires, mais ne saurait leur nuire. Il faut donc distinguer, dans le même sens, si le jugement a été rendu contre lui ou en sa faveur.

Quant aux débiteurs solidaires, on se demande jusqu'à quel point le jugement rendu à l'égard de l'un d'eux produit effet à l'égard des autres. Si le codébiteur actionné a été renvoyé de la demande pour un motif qui ne lui était pas purement personnel, on convient volontiers que les autres codébiteurs peuvent se dire libérés, de même qu'ils profitent du serment déféré à leur codébiteur sur la dette, et non simplement sur le fait de la solidarité (Code civ., art. 1365). Mais il y a plus de difficulté, quand le codébiteur solidaire a été condamné. On ne peut admettre d'une manière absolue que le jugement rendu contre lui ait effet contre les coïntéressés, puisque le prétendu débiteur solidaire peut fort bien nier qu'il se soit engagé solidairement, et qu'on ne peut alors, sans tomber

dans un cercle vicieux, lui opposer le jugement rendu contre son prétendu codébiteur. D'un autre côté, l'opinion qui isolerait complétement les codébiteurs les uns des autres, serait contraire, soit à l'esprit de la solidarité, qui tend à éviter aux créanciers la multiplicité des poursuites, soit à la règle qui veut que la prescription interrompue contre l'un le soit également contre l'autre (*ib.*, art. 1206), soit surtout au principe qui les considère comme étant réciproquement cautions les uns des autres. C'est à cette dernière idée que s'est attachée la jurisprudence, et elle nous paraît ici être complétement dans le vrai. Elle réserve au codébiteur solidaire, comme à la caution, les moyens de défense qui lui sont personnels, tels que l'absence d'engagement solidaire de sa part; mais elle l'oblige à reconnaître l'autorité de la sentence qui a statué sur le fond de la dette vis-à-vis de son codébiteur (voir un arr. de rej. du 29 novembre 1836).

702. Il est plus difficile d'approuver un arrêt de rejet du 19 décembre 1832, qui considère comme ayant-cause les uns des autres, ceux qui sont copropriétaires d'un objet indivisible. Il est vrai que plusieurs lois romaines, et notamment le texte de Marcien, qui forme la loi 19, au Digeste, *si servitus vindicetur*, admettaient que l'effet de l'indivisibilité était de rendre commun à tous les ayant-droit le jugement rendu contre un seul, s'il n'y avait collusion. Pothier reproduit cette doctrine, en réservant seulement la voie de la tierce opposition aux parties qui n'ont pas figuré dans le procès (*Oblig.*, n° 908). Mais, dans le silence du Code civil, on ne voit aucune raison pour étendre à l'indivisibilité ce qui est décidé pour la solidarité. Jamais on n'a considéré, par exemple, les codébiteurs d'une obligation indivisible comme cautions les uns des autres; ils ne répondent pas de leurs faits respectifs; ils sont rapprochés par leur position, et non par les liens

d'une obligation commune. Il convient donc de laisser au copropriétaire ou au codébiteur d'une chose indivisible toute latitude pour repousser indéfiniment l'autorité d'une sentence qui lui est complétement étrangère, sans avoir besoin de la faire tomber par aucune voie ordinaire ou extraordinaire. Quant à la difficulté pratique, qui résulte de ce qu'en cas de décisions opposées, on ne peut ordonner pour partie l'exercice d'un droit indivisible, elle peut exister dans toutes les opinions, puisqu'au cas de collusion, par exemple, le coïntéressé, victime de cette collusion, pourrait seul faire tomber le jugement qui subsisterait au regard de son coïntéressé. De plus, il faut voir si le droit est de nature à pouvoir s'exercer sans nuire aux autres parties intéressées. Ainsi, s'il s'agit d'un droit de passage sur un fonds indivis, la partie qui aura triomphé vis-à-vis d'un des copropriétaires seulement, ne pourra point passer, tant qu'un des copropriétaires aura le droit de s'opposer à l'exercice de la servitude; c'est là une difficulté invincible qui tient à la nature des choses. Mais, en théorie, cette partie a toujours l'avantage d'avoir diminué le nombre de ses adversaires. On arrivera à une solution plus facile, s'il s'agit d'un droit qui, bien qu'indivisible, peut être exercé en totalité, sans nuire aux coïntéressés, s'il s'agit, par exemple, de l'obligation de construire une maison; en ce cas la marche est indiquée par la loi; on exige la totalité du codébiteur seul condamné, en lui payant une indemnité pécuniaire, correspondant à la part des codébiteurs qui ont triomphé (Code civ., art. 1224 [1]).

[1] On a quelquefois soutenu que la qualité d'héritier était indivisible, pour expliquer la disposition de l'article 800 du Code civil, qui semble faire dépendre la qualité d'héritier, vis-à-vis de tous les créanciers, du jugement obtenu par un seul. Mais on reconnaît volontiers aujourd'hui que cet article, ainsi que cela résulte forcément de la discussion, n'a voulu

703. Signalons enfin, pour terminer cet exposé sommaire des principes sur la chose jugée en matière civile, une exception à ces principes, admise de tout temps, en ce qui touche les questions d'état. Habituellement, ce qui est jugé avec le père n'est pas jugé avec les enfants. Ainsi, une personne à qui on dénierait la qualité de Français, et qui aurait fait juger, dans une première affaire, qu'elle possédait cette qualité, serait obligée de plaider de nouveau contre les fils de son premier adversaire, s'ils venaient à la lui contester dans un autre procès. L'intérêt de la stabilité de l'état des personnes a fait décider, au contraire, en matière de filiation, qu'il suffit de triompher vis-à-vis des parents du premier degré, réputés contradicteurs légitimes, pour que tous ceux des degrés subséquents soient liés par la décision rendue avec les chefs de la famille. Julien dit, en effet, en parlant de celui qui est déclaré héritier sien vis-à-vis de son père : *Et fratribus suis consanguineus erit. Placet enim*, ajoute Ulpien, *ejus rei judicem jus facere* (l. 2 et 3, ff., *de agn. lib.*). Mais il faut que toutes les parties principales aient été mises en cause; ainsi, un enfant déclaré légitime vis-à-vis de sa mère, ne le serait pas par cela même vis-à-vis de son père, et réciproquement. Quelque indivisible que soit l'état des personnes dans la nature des choses, il doit cependant être considéré comme divisible dans la pratique; et l'on peut être fils légitime d'une femme sans être légalement le fils de son mari (voir n° 141).

établir aucune règle spéciale, en ce qui touche les effets de la chose jugée. Quant à l'opinion ingénieuse, qui voit dans ce jugement une limite au delà de laquelle l'acceptation bénéficiaire devient impossible, nous avons peine à l'admettre ; mais ce n'est pas ici le lieu de la discuter.

DEUXIÈME DIVISION.

AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE AU CRIMINEL[1].

704. Le principe qu'il n'est plus permis de remettre en question un point souverainement jugé, est plus sacré encore en matière criminelle qu'en matière civile. Que deviendraient la liberté individuelle et la sécurité de chaque citoyen, si les accusations pouvaient se renouveler indéfiniment ? Le système contraire est de nature à entraîner de trop graves perturbations, pour n'être pas repoussé par la raison politique aussi bien que par l'équité. *Qui de crimine publico* (l. 9, Cod., *de accus.*) *in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest.* Et notre ancienne jurisprudence a reproduit la même règle, connue dans la pratique sous le nom de *non bis in idem.* Seulement la requête civile était admise pour cause de dol, tandis qu'il n'existe plus aujourd'hui de requête civile en matière criminelle.

705. Le respect de ce principe a une telle influence en matière criminelle, que ce n'est plus alors aux parties seules, comme en matière civile (arr. de rej. du 25 mai 1840), à se prévaloir des jugements rendus en leur faveur, si elles les connaissent et si elles jugent à propos de les invoquer; ce moyen péremptoire doit être suppléé d'office (arr. de cass., du 12 juillet 1806) dans l'intérêt

[1] Voir, sur tout ce qui concerne la chose jugée au criminel, les excellents développements contenus dans le traité *de l'action publique et de l'action civile* de M. Mangin (ch. IV, sect. III).

de l'accusé. Il en est de la chose jugée, comme de la prescription, qui n'est pas abandonnée à la discrétion des parties en matière criminelle.

706. Quant à l'application de la maxime *non bis in idem*, il faut distinguer trois degrés dans la juridiction criminelle. Si le prévenu a été relâché par le juge d'instruction, qui a estimé la preuve insuffisante, il n'y a rien là qui ressemble à un jugement; c'est, comme le disait l'article 67 du Code du 3 brumaire an IV, une *décision provisoire de police*, qui ne préjuge rien, et qui permet de recommencer les poursuites, quand même aucun élément nouveau n'aurait été acquis à l'instruction. Lorsqu'un arrêt de non-lieu a été rendu par la chambre des mises en accusation [1], le prévenu ne peut plus être traduit en justice à raison des mêmes faits, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges (Code d'inst. crim., art. 246). Il y a autorité de la chose jugée, mais seulement en ce qui touche les charges soumises à la chambre. Enfin, l'autorité de la chose jugée protége complétement l'accusé, non-seulement dans le cas d'acquittement, dont s'est occupé le Code d'instruction criminelle (art. 360), mais en cas d'absolution, ou même de condamnation, si on prétendait que la peine prononcée n'était pas suffisante.

De plus, les arrêts de la chambre des mises en accusation ont un caractère définitif, en tant qu'ils tranchent des questions de droit, à l'égard desquelles la survenance de nouvelles charges est une circonstance indifférente. Ainsi, la décision de cette chambre, qui déclare n'y avoir lieu à renvoi, parce que le fait poursuivi n'est pas punissable aux termes des lois pénales, a une autorité aussi

[1] Il en serait de même des ordonnances de non-lieu rendues par la chambre du conseil, qui n'auraient pas été attaquées dans les délais, ainsi que l'a décidé la cour de cassation, notamment le 18 septembre 1834 et le 18 février 1836.



irréfragable que celle d'un arrêt d'absolution. La cour de cassation a jugé en conséquence, le 8 mai 1812, que la découverte de charges nouvelles ne peut détruire l'autorité d'un arrêt de non-lieu, fondé sur ce que le bénéfice de la prescription est acquis au prévenu.

En traitant de la chose jugée au criminel, nous n'avons en vue que les décisions qui tranchent irrévocablement la question, et non celles qui, motivées sur le manque de preuves, font disparaître certaines charges, sans purger l'accusation.

707. Les caractères que doit avoir la chose jugée sont sans doute ici les mêmes au fond qu'en matière civile. L'identité d'objet, de cause et de personne est également nécessaire pour rendre non recevables de nouvelles poursuites; nous allons voir cependant que l'application de ce principe peut subir quelques modifications en matière criminelle.

§ 1. Identité d'objet.

708. Il est évident que, si le fait poursuivi est différent de celui qui a donné lieu à un premier jugement, on ne peut opposer à l'accusation la maxime *non bis in idem*. C'est ainsi que celui qui est acquitté de l'accusation de meurtre suivi de vol, peut être poursuivi de nouveau pour le fait postérieur et distinct de recel des effets provenant du vol (arr. de cass. du 5 février 1829).

La circonstance même que les deux délits n'étaient, pour ainsi dire, que la répétition l'un de l'autre, n'aurait pas pour effet de les confondre. Aussi a-t-on validé (arr. de rej. du 31 juillet 1823) les poursuites pour faux témoignage contre un individu qui avait déjà subi une condamnation pour dénonciation calomnieuse, dans une espèce où l'imputation mensongère avait été d'abord com-

muniquée à un maire, puis réitérée en face de la justice.

Toutefois il ne faudra pas prendre pour des faits distincts tous les éléments particuliers d'un même délit. Celui qui aura commis plusieurs vols dans une même maison, pourra bien être poursuivi autant de fois qu'il aura volé de personnes différentes; mais il ne pourra l'être plus d'une fois, à raison des vols qu'il aurait commis en même temps au préjudice d'une seule personne.

709. Les délits peuvent être connexes, c'est-à-dire que les uns peuvent avoir été commis (Code d'inst. crim., art. 227) pour procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, pour en assurer l'impunité. Il faut examiner alors s'il y a une indivisibilité réelle entre le fait jugé et le fait poursuivi. Cette indivisibilité existe, lorsque la culpabilité de l'un des faits tient nécessairement à l'existence de l'autre. Ainsi, quand une personne accusée d'avoir fait un faux pour parvenir à commettre des concussions, a été reconnue non coupable de faux, comme ayant agi sans dessein de nuire, elle ne peut être ultérieurement inquiétée, quant aux prétendues concussions dont le faux devait être le moyen, puisque l'intention criminelle a été irrévocablement écartée par le jury (arr. de cass. du 23 frimaire an XIII). Mais les faits, bien que connexes, peuvent être parfaitement divisibles, et, dès lors, ils sont imputables isolément à l'accusé. Par exemple, la décision négative sur la question de viol n'empêchera pas les poursuites pour excès et mauvais traitements qui auraient été simultanément exercés sur la prétendue victime (arr. de la cour de cass. du 30 mai 1812).

§ 2. Identité de cause.

710. On est loin de s'accorder pour admettre en ma-

tière criminelle le principe constant en matière civile, suivant lequel le même fait peut donner lieu à plusieurs procès successifs, lorsqu'on invoque chaque fois une cause nouvelle, comme au cas où l'on attaque successivement un testament comme nul dans la forme, comme fait au profit d'un incapable, et comme dépassant la quotité disponible. A Rome, ce principe était admis incontestablement, même au criminel. *Si tamen*, dit Dioclétien (l. 9, Cod., *de accus.*) *ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri*. Nos anciens criminalistes ont constamment professé la même doctrine. Mais la législation intermédiaire introduisit un système tout nouveau. Ce qui était soumis au jury, d'après la loi du 29 septembre 1791, et d'après le Code du 3 brumaire an IV, ce n'était pas seulement tel délit, par exemple, tel meurtre, tel vol, c'était le fait même, dont la matérialité et la moralité devaient être spécialement appréciées par le jury. Dès lors, l'accusé acquitté pour meurtre ne pouvait plus être poursuivi pour homicide par imprudence, puisque l'accusation d'homicide et celle de meurtre se rattachent toutes deux à un même fait, qui avait été apprécié sous toutes ses faces, et déclaré non coupable. C'est en ce sens qu'on interprétait constamment alors les dispositions légales qui ne permettaient pas de reprendre ou d'accuser le même individu *à raison du même fait* (loi de 1791, part. II, tit. 8, art. 3; Code de brum., art. 426).

711. Or, les mêmes expressions se retrouvent dans l'article 360 du Code d'instruction criminelle ainsi conçu : « Toute personne acquittée légalement ne pourra plus » être reprise ni accusée *à raison du même fait*. » D'après la maxime *non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur* (Paul, l. 26, ff., *de leg.*), plusieurs auteurs et plu-

sieurs cours royales ont soutenu que ces expressions doivent s'interpréter de même aujourd'hui; il est d'ailleurs de principe, en matière criminelle, qu'on doit faire prévaloir la solution la plus favorable à l'accusé. Mais la cour régulatrice s'est depuis longtemps prononcée pour l'opinion contraire, et un arrêt de cassation, rendu en ce sens, sections réunies, le 25 novembre 1841, paraît devoir fixer irrévocablement sa jurisprudence. Si la législation nouvelle doit s'éclairer par celle qui l'a précédée, cela n'est vrai qu'autant qu'il n'y a pas entre elles opposition de principes, *nisi contrariæ sint* (Paul, l. 28, *ib.*), et cette opposition existe réellement dans l'espèce. Le Code d'instruction criminelle (art. 337) a substitué aux opérations multiples et compliquées du système antérieur, la position de cette simple question : « L'accusé est-il coupable » d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, » avec toutes les circonstances comprises dans le résumé » de l'acte d'accusation? » Le jury ne prononce donc plus sur le fait, mais sur le délit. Pour que son appréciation s'étende plus loin, il faut qu'on lui ait posé des questions subsidiaires. Il n'est donc plus vrai aujourd'hui que toute accusation relative au fait matériel soumis au jury se trouve purgée par son verdict. Ainsi, lorsqu'il a résolu négativement la question d'infanticide, il n'est pas possible d'admettre qu'il ait résolu implicitement celle d'homicide par imprudence, qui ne lui était pas soumise, et qui a pu ne pas même se présenter à sa pensée. Le *même fait* doit donc s'entendre dans la loi actuelle du *même délit*. L'opinion contraire, rationnelle dans un système d'instruction où l'examen du jury devait porter sur le fait envisagé sous toutes ses faces, amènerait aujourd'hui ce singulier résultat qu'un délit correctionnel qui n'aurait été ni discuté, ni jugé, se trouverait impuni, parce que l'auteur de ce délit aurait été mal à propos accusé d'un crime.

On croit vulgairement que le ministère public a un moyen facile de trancher la question, en faisant des réserves à fin de poursuites, avant la clôture des débats (Code d'inst. crim., art. 361). Mais ces réserves ont simplement pour but, d'après le texte et l'esprit de la loi, d'empêcher la mise en liberté du prévenu acquitté; le délit, qui donne lieu à ces réserves, peut être tout à fait indépendant de celui sur lequel le jury va prononcer. Après tout, la valeur légale du verdict doit dépendre de règles fixes, et non de la circonstance que le procureur général aura pris telles out elles conclusions.

En atière correctionnelle, il faudra étudier les motifs du jugement, pour reconnaître s'il a statué sur un seul délit, ou sur le fait dans son ensemble, et pour en déterminer en conséquence la portée.

712. Au cas d'absolution, qui donne lieu également à l'application de la maxime *non bis in idem*, bien qu'il ne soit pas compris dans la lettre du Code d'instruction (voir art. 360), il faut décider, au contraire, que le fait se trouve à l'abri de toute accusation à l'avenir, sous toutes ses faces. L'absolution déclare, en général, que le fait dont l'existence a été reconnue par le jury n'est pas défendu par une loi pénale (*ib.*, art. 364). Toute poursuite devient donc impossible à raison de ce fait. Il faut en dire autant des arrêts de non-lieu, lorsqu'ils sont motivés, non sur l'absence de charges suffisantes, mais sur le silence des lois pénales.

§ 3. Identité de personne.

713. On ne peut douter que le même meurtre, le même vol, ne soit susceptible de donner lieu à des poursuites successives contre diverses personnes soupçonnées de l'avoir commis, sans que l'acquittement de l'une puisse

profiter à l'autre. Il n'est arrivé que trop souvent jadis qu'on ait poursuivi le véritable meurtrier, après que le faux meurtrier avait été non-seulement condamné, mais même exécuté. Il y a, sous ce point de vue, identité parfaite entre le droit criminel et le droit civil.

714. Mais le principe *res inter alios judicata aliis nec prodesse nec nocere solet*, ne s'applique pas avec la même rigueur, lorsqu'il s'agit de complicité. Lorsque le délit est inhérent à la personne de celui qui a été poursuivi comme en étant l'auteur principal, son acquittement profite aux personnes qu'on voudrait poursuivre ultérieurement pour complicité : ce qui arrive pour la bigamie, l'adultère, la désertion, etc. Le prétendu auteur principal est ici le contradicteur légitime vis-à-vis du ministère public, comme le sont en matière civile les plus proches parents, dans les questions d'état (voir les arrêts de la cour de cassation du 7 mars 1806 et du 5 mars 1841). Il en est autrement, si l'accusation n'a échoué qu'à raison de circonstances personnelles au principal accusé. C'est ainsi qu'on n'a jamais songé à faire profiter les personnes poursuivies pour complicité, du bénéfice de l'acquittement prononcé en faveur de l'auteur principal, qui serait déclaré avoir agi sans discernement (Cod. pén., art. 66).

715. L'identité de personne peut être considérée non-seulement passivement, mais même activement, en tant que le même fait peut donner lieu à une action publique et à une action civile. Ceci nous conduit à notre dernière division, à l'influence de la chose jugée au civil sur le criminel, et réciproquement.

TROISIÈME DIVISION.

INFLUENCE RESPECTIVE DES JUGEMENTS CIVILS ET DES JUGEMENTS CRIMINELS.

716. L'action publique, reposant sur des motifs d'ordre supérieur, doit être en général indépendante des décisions rendues dans une procédure purement civile. On conçoit, au contraire, que l'action civile, qui ne protége que des intérêts privés, puisse être subordonnée au résultat de l'action publique. Parlons d'abord de l'influence du civil sur le criminel, qui donne lieu à peu de controverses.

§ 1. Influence de la chose jugée au civil sur les poursuites criminelles.

717. Le seul effet que produisent habituellement les jugements civils qui se rattachent à un délit, c'est d'éteindre l'action civile, qui ne peut plus être portée incidemment devant les tribunaux de répression, lorsqu'elle a été intentée directement. Mais l'exercice de l'action publique est complétement indépendant du sort de l'action civile. C'est ainsi qu'il est de jurisprudence (voir un arr. de cass. du 28 octobre 1813) que le rejet ou l'admission d'une inscription de faux incident n'empêche pas le juge criminel de déclarer le faux constant, ou de le nier. On a même jugé par arrêt de cassation, le 23 novembre 1827, que la déclaration de faillite émanée d'un tribunal de commerce et passée en force de chose jugée, n'imprime pas irrévocablement la qualité de commerçant à une personne accusée

de banqueroute frauduleuse, et que la juridiction criminelle doit constater elle-même cette qualité pour être autorisée à appliquer la peine légale.

718. La décision des tribunaux civils ne rejaillit sur celle des tribunaux criminels que dans les cas où, soit certains textes, soit du moins les inductions tirées de ces textes (voir nos 151 et suivants) font considérer la question civile comme préjudicielle, en ce qui touche, par exemple, la propriété des immeubles ou l'état des personnes. Alors il est évident que le ministère public, bien qu'il ne soit pas partie principale devant la juridiction civile, où se porte la question préjudicielle, est lié par la sentence définitive émanée de cette juridiction : ce qui est déjà une exception incontestable à la régle qui veut que l'autorité de la chose jugée n'ait lieu qu'à l'égard des personnes qui ont été parties dans le premier jugement.

719. Si, à part ces cas exceptionnels, le jugement civil est sans effet, il doit en être de même, à plus forte raison, des simples actes d'instruction. Les aveux les plus formels reçus par le juge civil ne sauraient faire preuve vis-à-vis du juge criminel. Ce serait un dangereux abus que de considérer comme acquises à l'accusation les déclarations que le défendeur a pu faire avec trop de légèreté, dans une instance où il ne s'agissait que d'intérêts pécuniaires.

§ 2. Influence de la chose jugée au criminel sur l'action civile.

720. Faut-il également poser en principe que la chose jugée au criminel est sans influence sur l'action civile?

Écartons d'abord le cas où la personne lésée par le délit s'est portée partie civile devant le tribunal de répression. Il est évident qu'alors l'action civile elle-même a été irrévocablement jugée. Lorsque la même question s'élève entre les mêmes parties, peu importe, dit fort bien

Ulpien (l. 5,ff., *de except. rei jud.*), qu'on agisse *diverso genere judicii.*

Il faut supposer que le ministère public a seul agi au criminel. C'est alors qu'on se demande si la sentence rendue sur ses conclusions pour ou contre l'accusé doit avoir effet quant aux intérêts civils. Toullier (tom. VIII, nos 30 et suiv., et tom. X, nos 240 et suiv.) soutient avec énergie la négative, en s'attachant au principe posé par l'article 1351 du Code civil, d'après lequel l'autorité de la chose jugée ne peut avoir lieu qu'autant que la demande est fondée *sur la même cause et entre les mêmes parties*. Or, dit-il, la cause de l'action civile est essentiellement différente de celle de l'action publique, bien que toutes deux se rattachent au même fait, puisque dans l'une, il s'agit de la réparation d'un dommage, et dans l'autre, de l'application d'une peine. Quant aux parties, il est clair qu'elles ne sont pas les mêmes; car le ministère public représente bien la société, mais il ne représente pas spécialement la partie civile, il n'a pas même qualité pour défendre ses intérêts pécuniaires. Les tribunaux civils doivent donc, suivant Toullier, considérer comme *res inter alios acta* les décisions rendues par les tribunaux criminels.

Merlin, au contraire, a soutenu (voir surtout les *Questions de droit*, au mot *faux*, § 6) et fait prévaloir dans la jurisprudence le principe que la chose jugée au criminel doit être considérée comme jugée au civil. Il oppose aux raisonnements de Toullier cette grave considération, qu'il serait déplorable qu'on pût faire déclarer au civil l'innocence d'un homme qui aurait péri sur l'échafaud. Et lorsque Toullier répond que l'innocence peut avoir été reconnue, il prouve trop, car, pour être conséquent alors, on devrait permettre au condamné de demander la révision de la sentence qui l'a frappé, révision qui n'est admise que dans des cas exceptionnels.

721. Mais, quelle que soit l'opinion la plus raisonnable, lorsqu'on se place sur le terrain de la pure théorie, il est difficile de nier qu'en droit positif, une foule d'arguments ne viennent à l'appui de la doctrine de Merlin. Comment expliquer d'abord, dans l'opinion opposée, la disposition (Code d'inst. crim., art. 3) qui suspend l'exercice de l'action civile, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile? Dira-t-on que le législateur ne s'est pas préoccupé du juge civil, mais du juge criminel, qu'il a craint le préjugé moral que pourrait faire naître dans l'esprit de ce dernier le jugement civil? Mais alors, pour être conséquent, il eût fallu, à l'inverse de ce qui se pratique dans les questions d'état (Code civ., art. 327), dire que l'action civile ne pourrait jamais commencer avant le jugement définitif sur l'action publique. Car, toutes les fois qu'il y a un jugement civil rendu avant que l'action criminelle ait pris naissance, on retombe dans ce même inconvénient dont le législateur a été, dit-on, si vivement frappé. Il est plus naturel de voir dans l'article 3 la réciproque du principe que la solution des questions préjudicielles civiles lie le tribunal criminel, c'est-à-dire la consécration de la règle que les décisions des tribunaux criminels préjugent l'action civile.

Cette règle est souvent appliquée par des textes formels. Ainsi, l'article 198 du Code civil veut que la preuve d'une célébration légale du mariage une fois acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure tous les effets civils au mariage. Pourquoi les poursuites criminelles auraient-elles, en matière de mariage, une portée qu'on leur refuserait partout ailleurs? On tire un argument non moins puissant de l'article 463 du Code d'instruction, qui

veut que, lorsque des actes authentiques ont été déclarés faux en tout ou en partie, la cour ou le tribunal criminel qui a connu du faux, ordonne qu'ils soient rétablis, rayés ou réformés. Comment serait-il permis d'ordonner ainsi la destruction matérielle des pièces fausses, si les intérêts civils demeuraient intacts après le jugement rendu au criminel? Et ce qui est remarquable, c'est que cette disposition ne fait que reproduire l'article 59 du titre 1er de l'ordonnance de 1737, article qui prescrivait de surseoir à l'exécution du jugement, comme on le fait encore aujourd'hui en matière civile, dans les causes sujettes à appel. « L'intérêt public, » dit Serpillon, « s'oppose à ce » que l'on supprime, lacère ou raye trop légèrement des » pièces *dont dépendent quelquefois le sort et la fortune des* » *familles.* » On voit que le caractère préjudiciel des instances criminelles était reconnu dans l'ancienne jurisprudence.

Enfin, l'art. 235 du Code civil, que Toullier invoque en sa faveur, fournit au contraire contre lui un argument décisif, quand on remonte à l'historique de cet article. Il s'agissait de déterminer ce qui devait arriver, quand les faits allégués par l'époux demandeur en divorce pour cause déterminée, donneraient lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public. On proposa au conseil d'état de faire précéder le jugement criminel par le jugement civil. Mais il fut répondu qu'il y aurait de graves inconvénients à subordonner la procédure criminelle au résultat du divorce. M. Portalis proposa, pour concilier les diverses opinions, de décider que le jugement criminel ne serait point préjudiciel, du moins en ce qui touche le demandeur; car il pourrait y avoir assez de faits pour prononcer le divorce, sans qu'il y en eût assez pour prononcer une peine. De là, la rédaction de l'article 236 : « Si quelques-uns des faits allégués par l'époux de-

» mandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la » part du ministère public, l'action en divorce restera » suspendue jusqu'à l'arrêt de la cour d'assises; alors » elle pourra être reprise sans qu'il soit permis d'inférer » de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception pré- » judicielle contre l'époux demandeur. » Cette disposition, introduite en matière de divorce, et encore applicable aujourd'hui, par identité de motifs, à la séparation de corps, ne fait que confirmer la règle de l'influence habituelle des jugements criminels sur les intérêts civils; règle qui subsiste dans toute sa force contre l'époux défendeur, vis-à-vis de qui les faits sont définitivement prouvés, par cela seul qu'il a subi une condamnation criminelle.

722. La combinaison de ces arguments nous semble établir invinciblement l'influence, sur le civil, de la chose jugée au criminel. Mais cette vérité doit se combiner avec le principe de raison qui veut que l'autorité de la chose jugée soit limitée à ce qui a été formellement décidé par le jugement. On a donc établi dans la pratique certaines distinctions, que la discussion entre Merlin et Toullier a contribué à faire ressortir, et d'après lesquelles le premier a lui-même modifié sa doctrine. On peut concevoir en effet trois hypothèses :

Ou bien la décision judiciaire a déclaré la culpabilité de l'accusé ;

Ou bien elle a déclaré la non-existence du fait à lui imputé ;

Ou bien elle a simplement déclaré sa non-culpabilité.

723. Lorsque l'accusé est déclaré coupable, la règle qui voit dans le ministère public le représentant de tous les intérêts, tant publics que privés, s'applique dans toute sa force. « Un jugement rendu au criminel, » disait, le 19 mars 1817, M. Mourre, successeur de Merlin au parquet

de la cour de cassation et fidèle sur ce point à ses doctrines, « n'est pas un acte ordinaire de l'autorité publique, » n'embrassant, comme la plupart des jugements civils, » que quelques intérêts privés, et ne se rapportant qu'à » quelques individus. C'est un monument élevé dans le » sein de la société, qui doit fixer tous les regards et en- » chaîner toutes les pensées ; c'est un monument sur le- » quel s'imprime une vérité publique. » Un arrêt de rejet du 5 mai 1818 s'est prononcé dans le sens de cette doctrine, qui s'appuie sur l'article 463 du Code d'instruction.

723. Il en est de même, en sens inverse, dans la seconde hypothèse, lorsqu'il est formellement jugé que le fait inculpé n'existe pas, ou qu'il a été commis par une autre personne. Cette hypothèse se présentera difficilement aujourd'hui au grand criminel, le verdict du jury dans sa forme ordinaire prononçant sur la culpabilité de l'accusé en général, et non sur l'existence du fait incriminé, comme cela avait lieu dans le droit intermédiaire. Mais les jugements de police correctionnelle, qui sont motivés, peuvent déclarer, par exemple, non seulement que le prévenu n'est pas coupable de vol, mais même que le vol n'a pas eu lieu. En pareil cas, la cour de cassation a décidé, par un arrêt de rejet du 17 mars 1813, que l'aotion civile pour vol n'est plus recevable. C'est la réciproque nécessaire de la règle suivant laquelle les condamnations obtenues par le ministère public seul, profitent aux parties intéressées.

724. Mais lorsque l'accusé est simplement déclaré non coupable, suivant la formule habituelle du verdict du jury, cette décision négative se conçoit, par cela seul qu'il y a doute dans l'esprit des jurés, soit sur l'existence du fait, soit sur la culpabilité de l'agent. S'il n'est pas permis aux juges civils de se mettre en contradiction avec ce qui a été décidé par les juges criminels, il ne leur est pas défendu de se livrer à la recherche de la vérité, quand

ceux-ci l'ont laissée incertaine. D'ailleurs, la non-culpabilité d'après la loi pénale, qui ne punit habituellement que le dol, n'entraîne nullement l'absence de culpabilité aux yeux de la loi civile, qui tient compte des fautes, même légères, lorsqu'elles portent préjudice à autrui (Code civ., art. 1382). C'est ce qui résulte formellement des dispositions du Code d'instruction criminelle (art. 358, 359, 366), qui autorisent expressément la cour, dans le cas d'acquittement comme dans celui d'absolution, à statuer sur les dommages-intérêts prétendus par la partie civile. Ce que peut faire la cour d'assises, qui fonctionne en pareil cas comme une sorte de juridiction civile annexée à un tribunal criminel, pourquoi les tribunaux civils ne pourraient-ils pas le faire ultérieurement, lorsque la partie lésée, qui ne s'est pas constituée partie civile, vient à les saisir plus tard de sa réclamation? Il est impossible d'apercevoir une raison de distinguer entre les deux hypothèses. La cour de cassation a rendu un grand nombre d'arrêts dans le sens de cette doctrine, qui n'est plus contestée aujourd'hui dans la pratique. Ainsi, un arrêt de cassation du 27 mai 1840 a jugé que la solution négative de la question de faux par le jury n'entraîne nullement preuve légale de la sincérité de la pièce arguée de faux. Si, au contraire, le verdict du jury avait prononcé, non-seulement sur l'absence de culpabilité aux yeux de la loi pénale, mais sur l'absence complète d'imputabilité morale, alors les principes que nous avons posés sur l'autorité de la chose jugée au criminel reprennent tout leur empire. Si le jury, par exemple, a déclaré que l'accusé avait agi pour sa légitime défense, il n'est plus au pouvoir, ni de la cour d'assises, ni d'aucune juridiction civile, d'accorder des dommages-intérêts pour un fait jugé licite. On ne doit pas sans doute tirer d'un verdict des conséquences qui n'y sont pas contenues; mais on doit le respecter scrupuleusement, toutes les

fois qu'il est positif. Une cour d'assises s'étant écartée de cette règle, dans l'espèce même que nous venons de poser, son arrêt a été cassé le 19 décembre 1817.

725. On voit que nous admettons, d'une part, d'après l'ensemble des textes, que la chose jugée au criminel est souverainement jugée vis-à-vis de tous; mais, d'autre part, que, pour qu'il y ait chose jugée au criminel, il faut qu'aucun doute ne puisse s'élever sur la portée de la décision. Or ce doute ne peut exister : 1° dans toute solution affirmative sur la question de culpabilité; 2° dans une solution négative, quand elle est de nature à exclure formellement, soit la matérialité, soit l'imputabilité morale du délit. Une solution négative, motivée en général sur la non-culpabilité, s'entend de la non-culpabilité pénale, et laisse intact le droit aux réparations civiles, s'il y a lieu.

726. L'autorité irréfragable qui s'attache aux décisions souveraines de la juridiction criminelle, ne s'attache pas également aux simples documents émanés de cette juridiction. Il est certain que les procès-verbaux les plus réguliers, dressés par un officier de police ou par un greffier, ne sont pas des preuves légales devant les juridictions civiles. Un juge civil peut donc, sans excès de pouvoir, refuser d'entendre la lecture des dépositions recueillies dans une instance criminelle (arr. de rej. du 2 juin 1832). Mais faut-il aller plus loin, et lui refuser d'une manière absolue la faculté de puiser ses éléments de conviction dans des documents de cette nature ? Un arrêt de cassation du 22 messidor an VII s'était prononcé dans le sens de cette opinion. Il semble en effet que, le mode d'instruction étant différent, et le but qu'on se propose bien distinct dans chacune des juridictions, de même qu'on ne peut employer dans les cours d'assises une enquête civile, on ne doit pas être reçu à employer au civil

un procès-verbal d'information ou un procès-verbal des débats. Mais la jurisprudence paraît aujourd'hui (voir les arr. de rej. du 27 janvier 1830 et du 26 novembre 1839) reconnaître au juge civil un pouvoir plus large; aucune disposition légale, en effet, ne limite ses moyens d'information, il peut les puiser dans une autre instance civile; pourquoi ne pourrait-il pas les puiser aussi dans une instruction criminelle relative aux mêmes faits? En l'absence de toute prohibition spéciale, ne doit-on pas rechercher la vérité par tous les moyens possibles? Si on décide le contraire au criminel, quant aux documents civils, c'est que la loi a voulu que la conviction de la culpabilité se formât, en général, sur des preuves orales, d'après un débat contradictoire, et non d'après l'examen des pièces d'un dossier. Rien de pareil, en ce qui touche la juridiction civile. Il convient donc de laisser à cette juridiction toute latitude pour la recherche des preuves. Il est bien entendu, toutefois, qu'on ne pourrait établir, au moyen de dépositions reçues devant un tribunal criminel, des faits que le Code civil défend de prouver par témoins. Par la même raison, lorsque la loi ordonne une enquête, comme en matière de séparation de corps, il ne serait pas permis de suppléer à cette enquête au moyen d'un procès-verbal d'information, dressé par un juge d'instruction sur les mêmes faits.

QUATRIÈME PARTIE.

PREUVE DE PREUVE.

727. Après avoir exposé les divers moyens par lesquels le juge peut arriver à la connaissance de la vérité, il nous reste, pour remplir complétement notre cadre, à dire quelques mots de la preuve au second degré, c'est-à-dire, de celle qui tend à établir, non pas le fait allégué, mais seulement un autre fait qui peut le rendre probable, en un mot, à prouver la preuve elle-même. Car il n'arrive que trop souvent que les dépositions, les écrits, les présomptions, ne soient pas perçus directement, et ne nous arrivent que par l'intermédiaire du témoignage.

728. Il est évident que la preuve s'affaiblit, à mesure qu'elle s'éloigne de sa source. Nous avons déjà cité ces adages de Loisel, qui ne sont que l'expression de la raison et du bon sens (*Inst. cout.*, tit. des preuves) : « Un seul œil » a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'*audivi*. Ouir- » dire va par ville, et en un muid de cuider n'y a » point plein poing de savoir. » Aussi ne devrait-on jamais avoir recours aux preuves de second degré, lorsque celles du premier degré peuvent être employées. C'est ainsi que le juge, lorsqu'il doute de l'exactitude des rapports qu'on lui fait sur les indices que peut présenter l'état des lieux, doit se transporter lui-même sur le terrain.

De même la loi prescrit en général de s'attacher à l'original d'un acte, tant que cet original existe (Code civ., art. 1334). La même règle doit s'appliquer aux témoins. Ce n'est qu'autant que les témoins directs sont morts ou dans l'impossibilité de déposer, qu'il est permis d'appeler de seconds témoins à reproduire la déclaration des premiers. Toutefois, cette circonstance même qu'il n'est plus possible d'entendre les premiers, doit porter le juge à examiner avec soin s'il n'y a pas quelque indice de fraude; car, évidemment, celui qui voudra calomnier sans s'exposer à être démasqué, ne manquera pas de prêter un récit mensonger à une personne dont il ne pourra craindre un démenti. Il faudra donc qu'un témoin soit doublement croyable pour qu'on puisse ajouter foi à sa déposition, lorsqu'elle ne portera ainsi que sur un ouï-dire; à plus forte raison la preuve sera-t-elle d'une extrême faiblesse, lorsqu'il faudra parcourir une filière plus ou moins compliquée, avant d'arriver au témoignage direct. Et cependant, dans la fameuse procédure contre les Calas, l'indice le plus grave n'arrivait à la connaissance du juge que par l'intermédiaire de quatre témoins, qui se l'étaient, disait-on, successivement transmis; et le premier de ces témoins, celui qui passait pour avoir entendu la menace du père à son fils, n'était pas même nommé, c'était une *demoiselle inconnue*, dont il était impossible de retrouver la trace.

729. Tout en flétrissant avec une juste indignation les procédures qui, sur de pareilles preuves, ont prononcé des condamnations capitales, il faut reconnaître que c'est à la raison publique seule à en empêcher le retour. En cette matière, comme dans tout ce qui concerne l'appréciation des témoignages, il est impossible de tracer à l'avance des règles fixes. Car, comment déterminer *à priori* le point précis où commence la vérité, et où finit l'erreur?

Seulement le législateur a manifesté clairement le vœu que la preuve testimoniale, même indirecte, repose en général sur des éléments précis et positifs, lorsqu'il a admis dans certains cas exceptionnels, et en matière civile seulement, la preuve par *commune renommée*. Après avoir signalé ces cas, nous nous occuperons de la preuve de preuve littérale, qui a été soumise, comme la preuve littérale directe, à des règles fixes : c'est-à-dire, des actes récognitifs et des copies.

PREMIÈRE SECTION.

PREUVE PAR COMMUNE RENOMMÉE.

730. Rien de plus vague ni de plus arbitraire qu'une preuve dans laquelle on consulte l'opinion publique, pour lui demander ce qu'elle pense de tel ou tel fait, sans être obligé de contrôler ce dangereux témoignage par une vérification directe. Aussi ne l'admet-on que comme une ressource extrême, en faveur d'incapables dont les intérêts se trouvent complétement à la merci d'autrui. Les parties auxquelles la loi accorde cette importante prérogative sont : la femme mariée ou ses héritiers, toutes les fois que le défaut d'inventaire par le mari de biens à elle échus peut compromettre ses intérêts (Code civ., art. 1415) ; et les héritiers du conjoint prédécédé, lorsque le survivant n'a pas fait inventaire de la communauté (*ib.*, art. 1442). Mais, dans ce dernier cas, si les héritiers sont majeurs, ne doivent-ils pas s'imputer à eux-mêmes de n'avoir pas veillé à la défense de leurs intérêts, et doit-on leur accorder une faculté aussi exorbitante, lorsqu'ils pouvaient prévenir toute difficulté en provoquant la confection de l'inventaire ? Il faut donc s'attacher à l'esprit plutôt qu'à la lettre de la loi, et borner l'application de l'article 1442 du Code civil aux héritiers mineurs. En sens inverse, on pense généralement qu'il faut, par identité de motifs, étendre la disposition de ce même article à tous les cas où la négligence d'un tuteur ou autre administrateur légal met des mineurs ou interdits dans l'impossibilité de se pro-

curer une preuve régulière de leurs droits. Partout la loi leur accorde une faveur au moins égale à celle qu'elle accorde aux femmes mariées; et on ne saurait être trop sévère vis-à-vis d'un comptable, qui, par son dol ou par sa faute lourde, s'est mis hors d'état de présenter aucune justification en bonne forme, afin de décharger sa responsabilité.

731. Mais il n'est pas permis d'étendre la preuve par commune renommée aux cas qui présentent seulement une certaine analogie avec ceux où la loi l'a expressément autorisée. C'est ainsi que la cour de Bourges a jugé avec raison, le 27 juillet 1825, qu'on n'était pas reçu à justifier de cette manière une société taisible qui avait existé anciennement entre deux frères. De ce que l'on peut entendre des témoins pour prouver des sociétés de cette nature, qu'on n'était pas dans l'usage de constater par écrit, il ne s'ensuit nullement qu'on doive admettre des témoins qui déposent d'après de vagues rumeurs, sans avoir aucune connaissance personnelle des faits.

732. La possession immémoriale, admise autrefois dans certaines coutumes, notamment comme moyen d'établir l'existence des servitudes, ne se fondait pas uniquement, comme on l'imagine souvent, sur la commune renommée. Il fallait, aux termes d'un arrêt du parlement de Toulouse du 3 juillet 1715, résumé de l'ancienne doctrine sur ce point [1], que les témoins déposassent avoir eu personnellement connaissance de faits de possession pendant quarante ans *de visu*, et avoir tenu de leurs ancêtres que ceux-ci en avaient été également témoins. Comme il fallait avoir quatorze ans pour être réputé avoir eu sérieusement connaissance des faits, il s'ensuit que, dans une

[1] La première mention de règles sur la preuve de la possession immémoriale se trouve dans un texte de Labéon, qui forme la loi 28 au Digeste *de probationibus*.

enquête sur la possession immémoriale, un témoin n'était recevable qu'à l'âge de cinquante-quatre ans. En conséquence, la cour d'Angers, par un arrêt du 8 janvier 1833, a décidé avec raison que, dans les cas où le Code civil permet d'établir de cette manière l'existence d'anciennes servitudes (Code civ., art. 691), il faut que les témoins entendus fussent déjà âgés de cinquante-quatre ans lors de la promulgation de ce Code. On voit que la preuve de la possession immémoriale mérite plus que jamais le nom de *piscatio anguillarum*, que lui avaient donné les anciens docteurs.

733. Enfin, on ne doit pas considérer comme preuve par commune renommée la constatation de l'opinion publique elle-même, comme dans les questions de possession d'état, où l'on recherche, par exemple (Code civ., art. 321), si un enfant a été reconnu constamment comme légitime dans la société. Il est clair qu'alors les témoins ne peuvent déposer que sur l'opinion publique, puisque la question principale roule précisément sur cette opinion.

734. Dans les cas où la preuve par commune renommée est admise exceptionnellement, elle devient un mode aussi légal que tout autre, dont il serait arbitraire de restreindre la portée. Il faut donc reconnaître avec la cour de Bordeaux (arrêt du 20 juin 1826) que la preuve par commune renommée a effet, non-seulement vis-à-vis de l'administrateur qui a négligé de faire inventaire, mais même à l'égard des tiers.

DEUXIÈME SECTION.

PREUVE DE PREUVE LITTÉRALE.

735. Un écrit peut se référer à un écrit plus ancien, soit en en reproduisant seulement la substance, mais en manifestant l'intention des parties de maintenir les engagements constatés par le premier acte, et c'est alors un acte récognitif; soit en le transcrivant littéralement, et c'est alors une copie.

§ 1. Actes récognitifs.

736. L'aveu écrit, comme l'aveu oral (art. 1356), doit faire pleine foi contre celui qui en est l'auteur. Si donc on ne consultait que la raison sur la valeur des actes récognitifs, on n'hésiterait pas à décider que, pourvu qu'on y voie clairement énoncée l'intention de maintenir la force d'une déclaration préexistante, ils doivent avoir la même foi que le titre primordial.

Malheureusement, une erreur, dont Toullier (tome X, nos 313 et suiv.) a démontré l'origine avec autant de netteté que d'érudition, a porté les rédacteurs du Code, égarés par l'autorité de Pothier, à soumettre à des conditions arbitraires la validité des actes récognitifs. Les anciens canonistes, voulant faciliter la révocation des concessions accordées quelquefois trop légèrement par les supérieurs ecclésiastiques, décidaient que la confirmation simple, *in forma communi*, n'ajoutait rien à l'efficacité de la concession confirmée, et ne dispensait point l'impétrant de

représenter le titre primitif. Il fallait, pour tenir lieu de ce titre, une confirmation *in forma speciali*, c'est-à-dire où le signataire déclarait agir en pleine connaissance de cause, *ex certa scientia*. Et même on finit par exiger, de crainte que ces dernières expressions ne devinssent elles-mêmes de style, que toute la teneur de l'acte précédent se trouvât insérée dans l'acte confirmatif, de manière à ne laisser aucun doute. Dumoulin reproduit cette doctrine, mais il se garde bien de la généraliser. Quand il ne s'agit plus de bénéfices ecclésiastiques ou d'investitures féodales, qui étaient toujours concédés à titre plus ou moins gratuit, mais de reconnaissances souscrites par de véritables débiteurs, il revient à des principes plus raisonnables. Alors le titre nouvel ne doit pas sans doute aggraver l'obligation, et en ce sens il est toujours vrai de dire : *confirmatio nihil dat novi*; mais il a force probante. C'est ainsi que, supposant un acte récognitif rédigé devant notaires, Dumoulin dit positivement : *Simplex titulus novus non est dispositorius, sed declaratorius seu probatorius.... nec aliquid de novo inducit circa substantiam obligationis, sed bene circa quædam extrinseca et accidentalia, videlicet circa probationem et vim executivam; et sic hujus modi titulus duo tantum operatur : primo confessionem et probationem recognoscentis, secundo vim guarrentigiam* (*Comment. sur la cout. de Paris*, tit. I, § XVIII, glos. 1, n° 19). Et il s'exprime en termes non moins formels dans son traité *de usuris* (n°s 208 et suiv.). Pothier (*Oblig.*, n°s 777 et suiv.), ayant fait une lecture trop superficielle de Dumoulin, ou n'ayant abordé cette lecture qu'avec des idées préconçues, a appliqué aux actes récognitifs la doctrine spéciale que son devancier n'appliquait, d'après les canonistes, qu'à la confirmation de concessions ecclésiastiques ou féodales. En croyant reproduire les opinions de Dumoulin, il les a par le fait singulièrement altérées. La règle primitive, ainsi généralisée,

se retrouve dans l'article 1337 du Code civil, conçu en ces termes :

« Les actes récognitifs ne dispensent pas de la repré-» sentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y » soit spécialement relatée.

» Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, » ou ce qui s'y trouve de différent n'a aucun effet. »

737. La seconde de ces propositions est exacte. Un acte récognitif n'emporte pas novation, il n'a pas pour but de créer une obligation, mais de constater celle qui peut exister. C'est ainsi que la cour de cassation a jugé, le 25 octobre 1808, que l'acte récognitif d'une rente féodale est essentiellement vicié de féodalité, comme le titre constitutif. Mais la reconnaissance doit raisonnablement constater une obligation préexistante, tant que le contraire n'apparaisse. C'est donc s'écarter de la logique et du sens commun que d'exiger la représentation du titre primordial, de celui qui représente un acte récognitif en bonne forme. Mais la loi est positive. Cet acte, dans le système du Code, n'a plus d'utilité que pour interrompre la prescription (*ib.*, art. 2263).

738. Certains auteurs supposent, afin de rendre cette doctrine un peu moins déraisonnable, que la nécessité de reproduire la teneur de l'acte primitif n'existe qu'à l'égard des tiers. Mais cette distinction est divinatoire, et repoussée du reste par la disposition finale de l'article, qui dispense *le créancier* de cette reproduction dans un cas exceptionnel. Toullier (t. VIII, n° 334), propose un autre moyen de pallier les fâcheux résultats de cette disposition, sans faire violence au texte. Ce moyen consiste à entendre la *teneur* de l'acte primordial, non du texte littéral, dont la reproduction ne présente aucun intérêt sérieux, mais seulement de la substance de cet acte, c'est-à-dire, des conditions constitutives de la convention;

clairement et distinctement articulées. Le sens du mot *teneur* n'est pas assez précis pour ne pouvoir se prêter à cette interprétation favorable. La cour de cassation (arr. de rej. du 11 juin 1833) est entrée dans cette voie, en considérant comme un titre récognitif suffisant l'arrêté d'un conseil de préfecture, qui rappelait la disposition d'un ancien titre portant concession de droits sur une forêt domaniale, mais sans en renfermer la copie textuelle. Enfin les tribunaux peuvent toujours décider en fait, ainsi que l'a fait la cour de Pau le 14 août 1828, que l'acte intitulé récognitif avait moins pour but de reconnaître que de remplacer le premier titre, dont la représentation ne saurait dès lors être exigée.

739. Le Code civil, après avoir emprunté à Pothier la règle, lui emprunte aussi une exception, puisée également dans l'ancienne doctrine sur les confirmations des investitures.

« Néanmoins, ajoute l'article 1337, s'il y avait plu-
» sieurs reconnaissances conformes, soutenues de la pos-
» session, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier
» pourrait être dispensé de représenter le titre primordial. »

D'après cette disposition, le créancier pourrait être seulement dispensé de représenter le titre primordial, et il fallait en effet, suivant Pothier (*Oblig.*, n° 778), que les circonstances fussent favorables, et notamment que le titre primordial fût très-ancien. Mais aujourd'hui, on n'hésitera jamais à se prononcer en faveur du créancier qui a en sa faveur plusieurs reconnaissances soutenues d'une longue possession, puisqu'il est évident que c'est déjà beaucoup trop que de restreindre à cette hypothèse la foi du titre récognitif.

740. Mais le texte du Code civil ne refuse toute validité qu'à ce que le titre nouvel contient *de plus* ou à ce qui s'y trouve de *différent*. Pothier ajoute en effet (n° 780),

après avoir énoncé la même proposition, qu'il peut en être autrement, s'il y a *moins* dans la reconnaissance que dans le premier titre : « S'il y a, dit-il, plusieurs recon- » naissances conformes et qui remontent à trente ans, le » créancier, en rapportant le titre primordial, ne pourra pas » prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, » parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus. »

Nul doute que la prescription ne puisse s'acquérir effectivement par trente ans, à dater de la déclaration qui a restreint l'importance de la dette, déclaration que la faveur de la libération doit faire réputer sérieuse. Mais on a fait observer avec raison que c'est arbitrairement que Pothier exige cette fois *plusieurs reconnaissances conformes*. Le laps de trente ans suffit pour opérer la prescription, lors même qu'il n'y aurait qu'une seule reconnaissance, disons mieux, lors même qu'il n'y en aurait aucune, si le débiteur justifiait par la reproduction des quittances qu'il a payé pendant trente ans une somme inférieure à celle qui avait été stipulée dans l'origine. En sens inverse, si la déclaration qui diminue la dette était bien positive, elle produirait effet en faveur du débiteur, indépendamment de la prescription. On ne peut rétorquer contre lui les garanties exorbitantes qui ont été introduites en sa faveur.

741. Le Code sarde, éclairé par les critiques dont notre Code civil a été l'objet sur ce point, est revenu au seul système que la raison avoue : « L'acte récognitif, » dit l'article 1450 de ce Code, « fait preuve contre le débiteur, » ses héritiers et ayant-droit, à moins que ceux-ci, par » la représentation du titre primordial, ne prouvent qu'il » y a eu dans l'acte récognitif erreur ou augmentation de » la dette primitive. »

§ 2. Copies.

742. La nécessité de mettre à la disposition de chacune

des parties un titre qui lui permette de faire valoir ses droits, en laissant l'original entre les mains de l'officier public, ainsi que l'avantage de multiplier les moyens de preuve, afin de ne pas mettre à la merci d'un accident les intérêts les plus importants, ont fait introduire depuis longtemps dans notre droit des règles spéciales sur les copies des actes authentiques. Quant aux écrits privés, l'original seul peut faire foi, et les copies qui en seraient délivrées, même par des notaires, n'auraient aucune autorité. Personne n'a qualité officielle pour transcrire ces écrits. D'un autre côté, la reproduction d'un acte authentique par un simple particulier n'aurait aucune foi. Nous n'avons donc à nous occuper que des copies d'actes authentiques délivrées par des officiers publics, tels que les notaires et les greffiers.

743. Le législateur applique d'abord à la preuve littérale cette vérité de raison et d'expérience, que le témoignage direct doit toujours être préféré au témoignage indirect.

« Les copies, » dit l'article 1334, « lorsque le titre » original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu » au titre, dont la représentation peut toujours être » exigée. »

Dès que la partie à qui l'expédition, même la plus régulière, est opposée, demande, afin que la conformité soit vérifiée, l'apport de l'original, les juges ne peuvent se dispenser de l'ordonner; la crainte de retarder la marche de la justice ne saurait autoriser le refus de vérification : c'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 15 juillet 1829. Mais l'acte est légalement perdu, par cela seul que le titre original ne se retrouve pas au lieu où il a dû être déposé. Celui qui produit l'expédition n'est pas tenu de rapporter la preuve de l'événement qui a causé la perte de l'original (arr. de rej. du 10 novembre 1830).

744. Les extraits des registres de l'état civil ont plus d'autorité. La foi qui leur est attribuée, lorsqu'ils sont *délivrés conformes aux registres* (Code civ., art. 45), s'entend généralement en ce sens, non qu'il faille justifier de leur conformité avec les registres, ce qui obligerait au déplacement perpétuel de ces précieux documents; mais en ce sens que, lorsqu'on déclare qu'ils sont *délivrés conformes*, suivant la formule usitée, la conformité doit se présumer. Sans doute, la partie adverse peut prétendre que cette conformité n'existe pas, mais c'est à elle à en faire la preuve en représentant un nouvel extrait, ce qui donnera lieu à ordonner l'apport des registres, s'il y a désaccord entre les divers extraits présentés. L'opinion contraire, professée par certains auteurs, aurait des inconvénients sensibles dans la pratique, où les actes de l'état civil sont d'une application si usuelle.

745. Le législateur applique ensuite aux copies cet autre principe, que la preuve s'affaiblit à mesure qu'elle s'éloigne de sa source. Il établit en effet, quant à la foi des copies, au cas de perte de l'original, une progression décroissante, dont le premier terme est la grosse ou la première expédition, qui est à peu près contemporaine de la minute, et le dernier terme la simple copie de copie.

746. « Les grosses ou premières expéditions, » dit l'article 1335, 1°, « font la même foi que l'original. »

Nous savons déjà que la grosse est la première expédition délivrée en forme exécutoire; mais les premières expéditions où cette formule ne se trouve pas, lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'est pas destiné à être exécuté, comme celui qui constate la reconnaissance d'une servitude au profit d'un voisin, sont mises par la loi sur la même ligne que les grosses, et ont en effet la même force probante. L'importance de ces copies, qui doivent servir de titres aux contractants, et le peu de temps qui sépare habituelle-

ment la confection de la minute de la délivrance de la grosse, garantissent suffisamment l'exactitude de la reproduction du titre original. On ne peut délivrer qu'une seule grosse à chacune des parties (loi du 25 ventôse an XI, art. 26), à peine de destitution. Quant aux expéditions non exécutoires, il est permis sans doute d'en délivrer plusieurs, mais la première seule fait pleine foi, en cas de perte de l'original.

747. « Il en est de même, » ajoute l'article 1335, 1°, « des » copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, » parties présentes ou dûment appelées, ou de celles » qui ont été tirées en présence des parties et de leur » consentement réciproque. »

Dumoulin, dont la doctrine sur les copies a été reproduite par Pothier, dit qu'il faut restreindre aux parties et à leurs successeurs la foi de l'expédition ainsi tirée de leur consentement, ou elles dûment appelées, et qu'il en est autrement à l'égard des tiers. *Hanc conclusionem limito,* dit-il (*Comment. sur la cout. de Paris*, tit. I, § VIII, n° 37), *ut procedat contra eum, cum quo vel quo vocato solemniter facta est exemplatio, contra quem plene probat, sicut originale, et retro trahitur ad datam originalis. Secus contra alium, quia non faceret fidem.* Quels sont les tiers dont il s'agit? S'il s'agit d'un coobligé, d'une caution, d'un codébiteur solidaire, etc., il est clair qu'on ne saurait le forcer à reconnaître pour conforme à l'original une copie dont il n'aurait pas été appelé à contrôler la confection. En cela, la doctrine de Dumoulin est d'une justesse incontestable. Sous ce rapport, les copies dont nous parlons ont moins de force que les grosses ou premières expéditions, que le créancier peut employer contre tous les coobligés, bien qu'il les ait tirées sans se faire donner aucune autorisation. Mais il est plus difficile d'admettre avec ce jurisconsulte qu'il soit impossible d'invoquer con-

tre les tiers les copies dont nous nous occupons, non pour les obliger personnellement, mais pour les forcer à reconnaître la validité de l'acte reproduit dans la copie, s'il s'agit par exemple de leur opposer la prescription de dix ou vingt ans. Suivant Dumoulin, la prescription ne courrait que de la date de l'expédition, et non de la date du titre original. Et cependant la date de cet original n'est-elle pas un fait dont le notaire a pu se convaincre *propriis sensibus visus et auditus*, comme le dit ce même auteur? N'est-ce pas dès lors un scrupule exagéré que de ne pas admettre la date de l'original, lorsque la copie qui la relate offre toutes les garanties désirables? Les parties qu'on doit appeler à cette confection sont les coïntéressés dont les droits étaient directement en jeu, mais non les tiers inconnus, sur les intérêts desquels l'acte ne pouvait réagir que par contre-coup.

748. « Les copies (*ib.*, 2°) qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis » la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui » l'a reçu, ou par un de ses successeurs, ou par officiers » publics qui en cette qualité sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi » quand elles sont anciennes.

» Elles sont considérées comme anciennes quand elles » ont plus de trente ans. Si elles ont moins de trente ans, » elles ne peuvent servir que de commencement de preuve » par écrit. »

Deux circonstances empêchent ces copies de pouvoir ordinairement faire foi complète. Elles ne sont pas tirées à une époque rapprochée du contrat, et elles ne sont pas délivrées du consentement de la partie adverse ou par autorité de justice. Aussi l'exactitude en est-elle moins assurée, et la collusion y est-elle plus à craindre. Toutefois,

ce dernier danger était le plus grave, car la chance d'erreur est peu considérable au fond, lorsque la copie est collationnée sur la minute par un officier dans les fonctions duquel rentre spécialement la délivrance de pareilles expéditions. Nous ne pouvons donc admettre le motif donné par Dumoulin (*ib.*, n° 65) et souvent répété : *Tempore exemplationis non fit instrumentum originale, nec geritur actus in eo contentus, nec possunt tabelliones esse rogati de veritate facti in eo contenti, nec illius habere notitiam propriis sensibus, et hoc est impossibile, cum actus transierit, et sic non est possibile exemplum esse instrumentum authenticum de veritate facti vel actus in originali contenti*. Ces motifs prouvent trop; car, si le notaire était sans qualité pour attester la conformité de la copie avec l'original, le consentement des parties ou l'autorité du juge ne pourrait lui attribuer un pouvoir, qui ne lui appartiendrait pas d'après la nature des choses. Mais c'est là une pure subtilité. Le notaire qui collationne la copie et l'original atteste des faits dont il a connaissance *propriis sensibus*, et sur lesquels sa profession lui donne des lumières spéciales. Le motif principal se trouve dans la possibilité d'une collusion, quand l'autre partie n'a pas été appelée, et c'est pour cela que, l'ancienneté rendant cet accord frauduleux peu vraisemblable, les copies, au bout de trente ans, font foi complète, quand elles ont été délivrées par le dépositaire légal de la minute. Si, au contraire, c'était la présomption d'inexactitude qui dominait, il serait déraisonnable de transformer au bout de trente ans l'erreur en vérité. *Non potest antiquitas*, dit Dumoulin lui-même (*ib.*, n° 76), *de novo inducere in totum probationem quæ nulla est, sed eam demum, quæ aliqua est, adjuvare*.

Lorsque l'acte a moins de trente ans, le législateur le considère comme un commencement de preuve par écrit; car, si la fraude est possible, elle est loin d'être certaine,

et la preuve testimoniale peut permettre d'arriver à la vérité. C'est là une des exceptions faites, dans cette matière, au principe que le commencement de preuve doit émaner de la partie adverse. La présomption de l'exactitude d'une copie délivrée par un officier public, bien qu'en l'absence de la partie adverse, égale bien la force des indices que peut présenter une simple note émanée de cette partie. Au surplus, les présomptions seront admissibles, par cela seul que la preuve par témoins est recevable, et ce sera à ces présomptions qu'on aura recours pour la preuve, lorsque l'acte, bien qu'ayant moins de trente ans, sera assez ancien pour que l'enquête ne puisse présenter aucune utilité sérieuse.

749. « Lorsque les copies (*ib.*, 3°) tirées sur la minute » d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, » ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics » qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, » elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancien» neté, que de commencement de preuve par écrit. »

On conçoit qu'un officier public, qui n'est pas dépositaire légal de la minute, n'ait pas qualité pour délivrer une copie qui puisse faire foi, au cas de perte de l'original. Car, lorsqu'il collationne l'expédition, il peut fort bien attester la conformité qui existe entre les deux écrits, mais rien ne lui assure que la prétendue minute qu'on lui présente est un véritable original, et, sans aucun dol de sa part, il peut facilement devenir l'instrument d'une fraude. On a donc décidé avec sagesse qu'un document de cette nature ne peut jamais servir tout au plus que de commencement de preuve par écrit.

Cette décision recevait de fréquentes applications au seizième siècle, alors que la conservation des actes n'était pas garantie, comme aujourd'hui, par la défense imposée aux notaires de se dessaisir des minutes sous aucun prétexte

(loi de vent., art. 22). A cette époque, les actes les plus importants étaient souvent délivrés en brevet, et les parties s'adressaient ensuite à un notaire quelconque, pour s'en faire délivrer une expédition. Aujourd'hui que les minutes demeurent chez le notaire, il n'arrivera que dans des cas exceptionnels, par suite de la violation de la loi ou de quelque accident, qu'une expédition soit délivrée par autre que par le notaire dépositaire de la minute ou par son successeur. Car, dans les cas où le greffier se trouve momentanément investi du pouvoir de délivrer copie d'actes déposés au greffe, il en est le dépositaire légal, et ses expéditions ont autant d'autorité que celles d'un notaire.

750. Enfin, « Les copies de copies (*ib.*, 4°) pourront, » suivant les circonstances, être considérées comme de » simples renseignements. »

Dumoulin (*ib.*, n° 33) compare les copies de copies au témoignage du second degré : *Exemplum exempli nullo modo probat, sicut nec testimonium de auditu auditus, vel de auditu alieno.* Aujourd'hui que l'audition des témoins n'est plus soumise à des règles préconçues, nous avons vu que le témoignage du second, du troisième degré, etc., doit être accueilli avec défiance, mais ne peut être repoussé *de plano.* La foi des écrits étant, au contraire, soumise à des règles fixes, le Code, toujours fidèle à la doctrine de Dumoulin, ne voit pas même un commencement de preuve dans la copie de copie, que nous supposons cependant toujours tirée par un officier public. Peu importe même, ajoute Dumoulin, que l'expédition, dont on tire une nouvelle copie, offrît toutes les garanties désirables : *Etiam si esset sumptum de exemplo solemnissime exemplato cum vero, et publico, et indubitato originali, et judice authore, etiam partibus præsentibus et expresse consentientibus.* Il y a de l'exagération dans cette règle absolue. Si la copie de copie est tirée par l'officier dépositaire de la minute, à

une époque voisine de la confection de cette minute, perdue par accident, sur une grosse dont la foi se confond avec celle de la minute, on eût pu autoriser le juge à voir, suivant les circonstances, dans cette copie du second degré un commencement de preuve par écrit. Mais ce que l'on peut difficilement nier aujourd'hui, c'est que le consentement des parties ne puisse élever à un degré supérieur d'autorité la copie de copie. La cour de cassation a décidé avec raison (arr. de rej. du 17 décembre 1838) que des copies de copies peuvent faire foi, lorsqu'elles ont été reçues dans le procès sans contradiction. Pourquoi n'en serait-il pas de même de celles qui sont tirées du consentement réciproque des parties?

Mais que veut dire la loi, lorsqu'elle dit que ces copies pourront servir de *simples renseignements?* Les actes les plus informes ne seraient-ils pas des renseignements, en ce sens que le juge pourrait les consulter, afin de se mettre sur la trace de preuves plus sérieuses? Le principal effet que Dumoulin attribue aux copies de copies, c'est de permettre à celui qui les invoque de faire les fruits siens : avantage qui ne saurait résulter d'un document informe, comme une copie qui serait l'œuvre d'un simple particulier. Rien n'empêche d'admettre aujourd'hui cette solution.

Il ne faut pas confondre du reste avec les copies de copies, les expéditions des *copies figurées* que le notaire est autorisé à tirer, lorsque la minute se trouve retenue au greffe par suite d'une procédure (loi de vent., art. 22). Ces copies figurées sont placées au rang des minutes, et dès lors les expéditions qui en sont délivrées sont des copies du premier degré.

751. Toutes les copies dont nous avons parlé, sauf les grosses ou premières expéditions, dont la délivrance se rattache au ministère du notaire, dans la rédaction de la

minute, doivent être tirées par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins. Autrement, il faut dire avec Dumoulin et Pothier (*Oblig.*, n° 775) qu'elles sont complétement informes : *Persona publica, agens contra officium personæ publicæ, non est digna spectari ut persona publica.*

752. Le Code de procédure (art. 839 et suiv.) a déterminé la marche qu'il faut suivre pour obtenir l'expédition d'un acte, lorsqu'elle est refusée par l'officier dépositaire de la minute. Cette procédure, connue sous le nom de *compulsoire*, n'offre dans ses détails aucune par ticularité intéressante, sur laquelle nous devions nous arrêter.

753. Indépendamment des expéditions que peuvent délivrer les notaires ou greffiers des actes dont ils sont dépositaires, ces actes sont souvent transcrits au bureau du conservateur des hypothèques : opération qui, sans être requise dans notre droit pour la translation de propriété à l'égard des tiers, offre encore d'assez nombreuses utilités pour être d'un usage presque universel. Le conservateur des hypothèques ne fait en réalité qu'une copie de copie, puisqu'on ne lui représente pas la minute, mais une expédition, et, à s'en tenir à la rigueur des principes posés, la transcription ne pourrait servir que de simple renseignement. Mais cette reproduction, qui se fait ordinairement sur la grosse, à une époque très-rapprochée de la confection de l'acte, par un officier chargé spécialement de cette fonction, a paru pouvoir mériter plus de confiance que les autres copies de copies. La loi permet d'y voir un commencement de preuve par écrit (art. 1336), à condition :

« 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du no-
» taire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été
» fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte

» de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier;

» 2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui » constate que l'acte a été fait à la même date. »

Ces deux conditions, en l'absence desquelles on peut douter qu'il ait jamais existé un original, étaient déjà exigées par Pothier, quant à la foi que pouvait mériter de son temps le registre des insinuations. Le Code civil ajoute une troisième précaution, qui n'est pas moins raisonnable.

« Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circon- » stances, la preuve par témoins sera admise, il sera né- » cessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils » existent encore, soient entendus. »

754. Ce qui est dit de la transcription peut-il s'appliquer à l'enregistrement, lorsque toutes les circonstances que nous venons d'indiquer se trouvent réunies? Plusieurs auteurs le pensent, en se fondant sur ce qu'en fait, l'existence de l'écrit est assez vraisemblable pour qu'on puisse décider qu'il y a commencement de preuve. Un arrêt de rejet du 16 février 1837 s'est prononcé en ce sens. Il est en effet peu vraisemblable en soi, lorsque le répertoire du notaire s'accorde avec les registres de l'administration, qu'une double fraude ait été pratiquée. Il serait donc peut-être à désirer que telle fût la décision de la loi. Mais il ne faut pas perdre de vue le principe que le commencement de preuve doit émaner de celui contre qui la demande est formée. La loi fait exception à ce principe en ce qui concerne la transcription; mais il n'y a pas même raison pour l'enregistrement, beaucoup moins sûr, puisqu'il ne présente qu'un extrait de l'acte, au lieu d'en reproduire littéralement la teneur. Il nous semble dès lors qu'on ne peut voir un commencement

de preuve dans l'enregistrement, sans contrevenir aux règles sévères, mais positives, qui restreignent chez nous l'admission de la preuve testimoniale et des présomptions.

APPENDICE.

DE L'EFFET RÉTROACTIF ET DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE PREUVES.

755. L'application aux preuves des règles sur la non-rétroactivité des lois, et sur les rapports de nation à nation, ne donne pas lieu à de sérieuses difficultés. Le principe dont il faut partir, c'est que la preuve doit être, en général, régie par la loi du temps et du lieu où est intervenu le fait qu'il s'agit de prouver, cette preuve étant évidemment la seule à laquelle aient pu songer les parties. M. Mittermaier (*Archives de la jurisprudence en matière civile*, tome XIII, page 315) est le seul jurisconsulte un peu grave, à notre connaissance, qui veuille qu'on applique toujours la loi du temps et du lieu où siége le tribunal saisi de la contestation. Le principal motif sur lequel il se fonde, c'est que la preuve n'a pour but que de convaincre le juge, et que le juge ne peut puiser sa conviction que dans les éléments autorisés par les lois de son pays. M. Mittermaier a raison en ce sens qu'il n'est pas permis d'emprunter au droit ancien, ou aux lois étrangères, des modes de vérification absolument réprouvés par la loi en vigueur dans le pays où siége le tribunal. Ainsi, lorsque le congrès a été aboli en France, on n'aurait pu en demander l'application aux causes antérieures à cette abolition ; et

alors même qu'il subsistait en France, une femme française n'eût pu le réclamer contre son mari, dans un pays où il était repoussé, sous prétexte que son statut personnel l'y autorisait formellement. Mais ce sont là des hypothèses tout à fait exceptionnelles. En général, les dispositions de la loi qui proscrivent certaines preuves n'ont qu'une force toute relative; elles rejettent ces preuves comme dangereuses dans certains pays et dans certains temps, et non comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il n'y a donc rien qui contrarie le système de la loi, dans l'application de ces mêmes preuves à une époque où des restrictions n'avaient pas été jugées nécessaires, ou bien à des étrangers dans le pays desquels ces restrictions sont inconnues. M. Mittermaier a pris l'exception pour la règle, en adoptant cette doctrine nouvelle, opposée à une jurisprudence constante, et manifestement contraire à l'équité. Car est-il raisonnable de soumettre celui qui contracte aujourd'hui aux lois qui régiront l'avenir, ou celui qui contracte en Angleterre aux lois qui régissent la France?

756. Voyons avec quelles modifications notre principe fondamental doit être appliqué, d'abord aux faits passés sous l'empire des lois anciennes, puis aux relations internationales.

PREMIÈRE SECTION.

EFFET RÉTROACTIF.

757. On a toujours reconnu que la loi nouvelle doit s'appliquer aux points qui réglent seulement la forme du procès, *ordinatoria litis*, mais non à ceux qui touchent le fond de l'affaire, *decisoria litis*. On pourrait être porté à ranger la preuve sous le premier chef, à raison de l'intime connexion qui unit la preuve avec la procédure. On ferait alors une confusion de principes. Les lois sur la preuve sont sans doute, comme nous l'avons dit en commençant, ainsi que celles sur la procédure, des lois *adjectives*. Mais la preuve est, par sa nature, contemporaine du fait à prouver, tandis que la procédure est essentiellement postérieure et soumise à des règles à part. Le principe qu'il faut s'attacher à la loi nouvelle, en ce qui touche les formes, reçoit d'ailleurs son application à la procédure de la preuve comme à toute autre procédure. Ainsi on décidera d'après les règles actuellement en vigueur si l'enquête doit être publique ou secrète, sans se préoccuper de ce qu'on aurait dû décider à l'époque où se sont passés les faits qu'il s'agit de prouver. Mais, lorsqu'on se demandera si la preuve testimoniale est admissible au fond, il faudra se reporter à l'époque où est intervenue la convention dont on veut établir l'existence. L'adoption virtuelle par les parties de tel ou tel mode de preuve pour constater ce qui s'est passé, est elle-même une convention implicite, sur laquelle la loi nouvelle ne doit pas

réagir. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans une foule de cas, notamment par les arrêts de rejet du 16 août 1831 et du 23 mai 1832.

758. Toutefois, ainsi que nous venons de le remarquer, certaines preuves peuvent être repoussées par la loi d'une manière absolue, comme présentant plus de scandale que d'avantage réel; et alors la loi nouvelle reçoit son application, même aux intérêts qui avaient pris naissance avant qu'elle fût promulguée. C'est ainsi que, la recherche de la paternité naturelle ayant été proscrite par la loi du 12 brumaire an II, un arrêt de cassation du 26 mars 1806 a annulé la décision qui attribuait à un prétendu séducteur la paternité d'un enfant né hors mariage, dans une espèce où la déclaration de grossesse était antérieure à la loi de brumaire, mais où l'action n'avait été intentée que postérieurement. Il en est autrement, quand l'action a été intentée avant la loi nouvelle, les lenteurs de la justice ne devant pas préjudicier aux intérêts des plaideurs. C'est ce qu'a décidé la Convention, relativement à cette même question de paternité, par un décret du 4 pluviôse an II. Ce qui est remarquable, c'est qu'à l'inverse, la loi du 12 brumaire renvoyait au Code civil pour la fixation de l'état des enfants dont les père et mère viendraient à mourir entre la promulgation de la loi de brumaire et celle du Code civil; si bien que les droits de ces enfants devaient être déterminés après coup par une législation qui n'existait pas encore. Il y a peu d'exemples d'une pareille abdication de la part de la loi, et cette marche, qui tient en suspens tant de graves intérêts, ne paraît guère raisonnable [1].

[1] Toutefois la promulgation du Code civil n'a pu porter atteinte aux conventions et aux jugements passés en force de chose jugée (loi du 14 floréal an XI, art. 3). Il ne faut pas non plus appliquer les principes du Code civil à ce qui est de pure forme, comme aux conditions de l'authenticité,

759. En matière criminelle, le principe que la preuve doit être celle du temps où les faits se sont passés, reçoit son application toutes les fois qu'il s'agit de questions civiles préjudicielles. Mais la preuve du délit même fait partie intégrante de l'instruction, qui ne peut être régie que par la loi nouvelle. Il ne s'agit pas ici de savoir quelle preuve les parties ont dû avoir en vue. La loi pénale, lorsqu'elle rend la preuve plus facile pour le ministère public, ne tient pas compte de l'espoir illicite qu'a pu concevoir le coupable de n'être pas découvert, d'après les dispositions de la loi existante. Ainsi, la maxime *testis unus, testis nullus*, n'a pu être invoquée par ceux qui avaient commis un délit en présence d'un seul témoin, depuis que nos règles sur l'instruction criminelle l'ont repoussée complétement. Si, au contraire, on interdit à l'accusation les moyens de preuve regardés jusqu'alors comme suffisants, on ne devra pas les employer pour les faits passés, plus que pour les faits présents. Et ici l'intérêt de l'accusé est d'abord avec la raison, pour rendre la loi nouvelle applicable. Ainsi, la règle qui ne permet d'invoquer contre le prévenu de complicité en matière d'adultère que le flagrant délit ou la correspondance (Code pén., art. 338), à dû recevoir son application même aux adultères commis avant la promulgation du Code pénal.

quant à la reconnaissance des enfants naturels (voir en ce sens une dissert. dans Sirey, 1831, part. I, page 132).

DEUXIÈME SECTION.

DROIT INTERNATIONAL [1].

760. On a admis depuis longtemps en France que les règles sur la preuve, tendant *ad litis decisionem*, doivent être régies par la loi du pays où les parties ont contracté. C'est ainsi que Danty (add. sur le chap. 1er de Boiceau, § II) nous rapporte que deux arrêts autorisèrent, dès le seizième siècle, des Anglais plaidant en France à prouver par témoins un contrat passé en Angleterre, dont l'objet avait une valeur de plus de cent livres. « Chaque » pays, dit Merlin (*Répert.*, au mot *Preuve*, sect. II, » § III, art. 1), a ses lois pour les formes probantes des » actes, et ces lois sont toutes fondées sur des motifs » différents. Ici, la preuve testimoniale est admise indis- » tinctement, parce que le législateur a présumé beau- » coup de la véracité de ses sujets ; là, elle est restreinte » dans de certaines bornes, parce que l'expérience a » prouvé que les habitants s'écartent souvent de la vé- » rité ; dans un autre pays, elle est presque réduite à » rien, parce qu'on s'est aperçu que la bonne foi y était » encore plus rare. Ainsi, tout dépend en cette matière » de l'opinion que chaque législateur a eu de ses sujets, » et par conséquent les lois relatives à la forme probante

[1] Voir le *Traité du droit international privé*, par M. Fœlix (liv. II tit. III), que doit consulter quiconque veut approfondir les rapports de la France avec les autres pays de l'Europe sous le point de vue du droit privé.

» des actes sont fondées sur des raisons purement locales » et particulières à chaque territoire. Il n'y a donc que » la loi du lieu où un acte a été passé qui puisse en attes- » ter la vérité; celles du domicile des parties ou de la » situation des biens n'ont pas ce pouvoir, parce que les » raisons qui ont déterminé leurs dispositions sont tou- » tes différentes de celles qui ont dicté les formalités » prescrites dans le lieu du contrat. »

761. Dans les cas même où l'authenticité, suivant certaines formes, est spécialement exigée par la loi française, on décide encore que la preuve doit être régie par la loi du pays où l'acte est passé. Ainsi, en Angleterre, il n'y a pas d'officiers publics pour la rédaction des testaments; il suffit de la signature du testateur et de deux témoins, qui viennent déposer, après le décès, devant la cour ecclésiastique, qu'ils ont entendu le testateur manifester ses dernières volontés (Stat. I de Vict., chap. 26, sect. 9). La cour de Rouen a reconnu (arr. cité dans la *Gazette des Tribunaux* du 3 mars 1841), la validité du testament d'un Français fait en Angleterre, dont la preuve avait été ainsi établie.

762. Cette règle, qui est peu contestée en principe, peut donner lieu à quelques difficultés dans l'application. Car elle doit se combiner avec la précédente, qui veut que tout ce qui concerne la forme et l'instruction soit régi par la loi du pays où l'affaire est pendante. Ainsi, quand une commission rogatoire est adressée par un tribunal étranger à un juge français, ce juge doit diriger l'enquête d'après les formes de la loi française, et, quant au fond, il doit s'attacher aux prescriptions de la loi qui régit les conventions des parties. Mais il peut arriver que la forme et le fond soient inséparables, si la législation étrangère ne regarde certaines déclarations comme probantes qu'autant qu'elles sont reçues suivant un mode déterminé.

C'est ce qui a lieu pour le serment. Sa force, dépendant de l'opinion religieuse des parties, peut se trouver plus ou moins affaiblie, suivant que la formule sera conçue dans tel ou tel sens. Ainsi, en Belgique, le mode de serment est pour les catholiques : « Ainsi Dieu m'aide et » ses saints; » et pour les protestants : « Ainsi Dieu » m'aide et son saint Évangile. » Quand un tribunal français est charge par un tribunal de Belgique de recevoir le serment suivant les formes de ce pays, doit-il y substituer la formule générale de la loi française? Le tribunal de commerce de la Seine l'a décidé en principe le 6 août 1833 : « Attendu, en droit, que les tribunaux français ne » peuvent être assujettis à recevoir un serment que dans » les formes ordinaires et accoutumées, et suivant l'usage » du royaume. » En fait, le serment fut prêté suivant la forme belge, du consentement de la partie à qui on le déférait. Mais, si cet accord n'avait pas eu lieu, le tribunal s'exposait à commettre un déni de justice, la formule française pouvant être jugée insuffisante en Belgique. Lorsque nos juges procèdent d'après une délégation des juges étrangers, il semble que ce n'est point aller contre les vues du législateur, que d'adopter la formule qui est la seule probante dans le pays des plaideurs, lorsque cette formule n'a rien en soi de contraire à l'ordre et aux mœurs.

763. Nous pensons aussi que, lorsqu'une recherche est repoussée comme scandaleuse par la loi française, on ne doit pas l'admettre, même à l'égard des étrangers. Par une conséquence naturelle de ce que nous avons décidé en matière de rétroactivité, la recherche de la paternité ne nous semble pas admissible contre ceux qui ne sont pas regnicoles, fût-elle autorisée par la loi de leur pays. Il est vrai que l'article 196 du Code du canton de Vaud n'admet l'action en paternité d'une Vaudoise con-

tre un étranger qu'autant que l'adjudication serait valable dans le pays auquel cet étranger appartient. Mais, de ce que le Code vaudois est plus favorable aux étrangers qu'aux nationaux, il ne s'ensuit pas que l'inverse doive être admis chez nous, et qu'une Française puisse, quand elle ne pourrait s'attaquer à un Français, déclarer avec effet un étranger comme l'auteur de sa grossesse, parce que la loi de l'étranger autoriserait de pareilles réclamations. L'esprit de notre législation, qui proscrit de semblables recherches, en les considérant comme aussi inutiles que scandaleuses, doit faire appliquer la règle d'une manière absolue.

764. Enfin, en matière criminelle, la justice étant territoriale et non personnelle, les preuves seront toujours celles qui sont établies par la loi française, lors même que le délit aurait été commis par un étranger. On ne conçoit guère l'application d'une loi étrangère devant cette juridiction, qu'en tant qu'il s'agirait d'une question préjudicielle, relative à des conventions passées en pays étranger. Il faut remarquer au surplus que soumettre à la loi pénale française, pour la preuve aussi bien que pour le reste de l'instruction, les étrangers qui commettent un délit sur le territoire, n'est qu'appliquer le principe général, suivant lequel la preuve est régie par la loi du pays où les faits se sont passés.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

Page
PRÉFACE. v
INTRODUCTION. 1
I. Des divers modes de preuves en général. 3
II. — — — en matière judiciaire. 10
NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA MARCHE DE LA PREUVE. 21
I. Qui doit prouver ? . . . . ib.
1er point La preuve d'un fait négatif est-elle impossible ? 23
2e point. Le fardeau de la preuve doit-il incomber dans tous les cas à celui qui affirme ?. 28
II. Que décider en l'absence de preuves suffisantes ? 33
III. Que peut-on prouver ? 38

PREMIÈRE PARTIE.

EXPÉRIENCE PERSONNELLE. 43
1re section. — Descente sur les lieux. 46
1° En matière civile. . . . . ib.
2° En matière criminelle. 50
2e section. — Reconnaissance de l'identité des condamnés. 54
3e section. — Délits commis à l'audience. 57
4e section. — Expertise (complément). 61
I. Civile. 63
1° Sa marche. 65
2° Sa foi. 69
II. Criminelle. 27

DEUXIÈME PARTIE.

Page

FOI AU TÉMOIGNAGE. — PREUVES PROPREMENT DITES. 77
PREMIER LIVRE. — Preuves simples, — orales. 81
PREMIER MODE DE PREUVE ORALE. — Preuve par témoins. 82
1re section. — Admissibilité de cette preuve. 83
1re règle. — Exclusion de la preuve par témoin contre et outre le contenu aux actes. 84
2e règle. — Exclusion totale en certaines matières. 92
1re division. — En matière de conventions. 94
§ 1. Application de la règle. 98
§ 2. Exceptions. 100
1er Motif. — Modicité de la valeur. 101
2e Motif. — Commencement de preuve par écrit. 107
3e Motif. — Impossibilité de la preuve littérale. 110
4e Motif. — Consentement de l'adversaire. . . . 117
§ 3. Extension de la règle. 120
2e division. — Dans les questions d'état. 124
§ 1. Naissance et décès. 125
§ 2. Mariage. 129
§ 3. Filiation. 138
1° Légitime. 139
2° Naturelle 146
3e division. — En matière criminelle. 156
2e section. — Administration de cette preuve. 171
1re forme. — Enquête écrite. 175
§ 1. Marche générale. 176
§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins. 188
§ 3. Exclusion de certains témoins. 195
§ 4. Appréciation des témoignages. 207
§ 5. Influence de l'enquête sur la décision. 217
2e forme. — Enquête orale. 221
I. Au civil, dite sommaire. . . . . ib.
II. Au criminel. 227
§ 1. Marche générale des débats. 229
§ 2. Sanctions de la comparution et de la véracité des témoins. 237
§ 3. Exclusion de certains témoins. 244
§ 4. Appréciation des témoignages. 249
DEUXIÈME MODE DE PREUVE ORALE. — Aveu exprès ou tacite. 254
I. Aveu proprement dit. 255
1re section. — Force de l'aveu. . . . . ib.

Page
1re division. — En matière civile. 256
§ 1. Aveu judiciaire. . . . . ib.
§ 2. Extrajudiciaire. 264
2e division. — En matière criminelle. 267
2e section. — Provocation de l'aveu. 275
1re division. — En matière civile 276
1° Interrogatoire sur faits et articles. 278
2° Comparution des parties. 287
2e division. — En matière criminelle. 290
§ 1. Interrogatoire lors de l'instruction préparatoire. 296
§ 2. Lors des débats. 302
II. Aveu tacite. — Serment décisoire. 306
1re section. — Au civil. 310
§ 1. Délation du serment. . . . . ib.
§ 2. Prestation du serment. 315
§ 3. Effet de la prestation. 319
§ 4. Refus de le prêter ou de le référer. 323
2e section. — Rejet de ce serment au criminel. 325
TROISIÈME MODE DE PREUVE ORALE. — Déclaration du demandeur. . . . 327
1re section. — Foi exclusive attachée à la déclaration d'une partie. 329
2e section. — Serment supplétoire 333
1re division. — Emploi au civil. 335
2e division. — Rejet au criminel. 339
DEUXIÈME LIVRE. — Preuves préconstituées. — Écrites. 342
PREMIER MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Acte authentique. 349
1re section. — En matière civile. 351
1re division. — Des actes notariés. 352
1er point. — Forme de ces actes. 359
§ 1. Conditions essentielles à leur validité intrinsèque. 361
§ 2. Effet de l'absence de ces conditions. 381
§ 3. Formes extrinsèques. 385
2e point. — Foi des actes authentiques. 391
§ 1. Que prouvent ces actes. 392
§ 2. Foi des contre-lettres. 402
2e division. — Foi des actes de l'état civil. 413
§ 1. Naissance et décès. 422
§ 2. Mariage. 427
§ 3. Filiation. 429
1° Légitime. 432
2° Naturelle. 442
2e section. — En matière criminelle. 451
1re division. — Procès-verbaux. 454
§ 1. Conditions essentielles pour leur validité. . . . 457
§ 2. Foi qui y est attachée. 463

45

Pages
2e division. — Emploi au criminel des actes authentiques ordinaires. 470
3e section. — Inscription de faux. 476
1re division. — Faux civil. 485
§ 1. Procédure à fin d'être admis à l'inscription. 486
§ 2. — à fin d'être admis à la preuve des moyens. 493
§ 3. — tendant à la preuve du faux. 498
§ 4. Issue de la procédure. 505
2e division. — Faux incident criminel. 512
DEUXIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Écritures privées. . . . 516
1re section. — Acte sous seing privé. 517
1re division. — Foi de cet acte 521
§ 1. Entre les parties. . . . . *ib.*
§ 2. A l'égard des tiers. 541
2e division. — Vérification des écritures. 549
§ 1. Procédure tendant à la reconnaissance de l'écrit. 552
§ 2. Vérification de l'écrit. 558
§ 3. Jugement définitif. 563
§ 4. Inscription de faux quant aux écrits privés. . . 566
2e section. — Écritures non signées. 569
3e section. — Tailles. 577
4e section. — Foi des écrits privés au criminel. 580
TROISIÈME MODE DE PREUVE PRÉCONSTITUÉE. — Livres des marchands. 585
1re section. — Foi entre commerçants. 588
2e section. — Foi à l'égard des particuliers. 591

TROISIÈME PARTIE.

PRÉSOMPTIONS. 597
PREMIER LIVRE. — Présomptions simples 601
1re section. — En matière civile. 602
2e section. — En matière criminelle. 605
§ 1. Admissibilité des indices. . . . . *ib.*
§ 2. Leur classification. 611
§ 3. Leur discussion. 613
DEUXIÈME LIVRE. — Présomptions légales. 616
1re section. — En matière civile. 618
2e section. — En matière criminelle. 626
§ 1. Présomptions propres au droit pénal. 629
§ 2. — empruntées au droit commun. . . 632
3e section. — Autorité de la chose jugée 635

Page
1re division. — Au civil. 637
§ 1. Identité de la chose demandée. 638
§ 2. — de la cause de la demande. 640
§ 3. — des parties et des qualités. 643
2e division. — Au criminel. 652
§ 1. Identité d'objet. 654
§ 2. — de cause. 655
§ 3. — de personne. 658
3e division. — Influence respective du civil et du criminel. . . 660
§ 1. Du civil sur le criminel. . . . . *ib.*
§ 2. Du criminel sur le civil. 661

QUATRIÈME PARTIE.

PREUVE DE PREUVE. 671
1re section. — Preuve par commune renommée. 674
2e section. — Preuve de preuve littérale. 677
§ 1. Actes récognitifs. . . . . *ib.*
§ 2. Copies. 681

APPENDICE.

EFFET RÉTROACTIF ET DROIT INTERNATIONAL. . . . 693
1re section. — Effet rétroactif. 695
2e section. — Droit international. 698

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

PARIS. — IMPRIMERIE DE FAIN ET THUNOT, RUE RACINE, 28, PRÈS DE L'ODÉON.



